UNIVERSITÉ DE NANCY. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

SUBROGATION RÉELLE

CONVENTIONNELLE ET LÉGALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

le samedi 18 janvier 1913, à 4 heures

PAR

A. HENRY

AVOCAT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ (1er PRIX DE DROIT CIVIL, 2e PRIX DE DROIT ADMINISTRATIF)

Président : M. GÉNY, *professeur.*

Suffragants : MM. BINET, *professeur-doyen.*
NAST, *agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1913

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen : M. BINET, I. ✠.

Doyen honoraire et professeur honoraire : M. BLONDEL, ✻, I ✠.

Professeur honoraire : M. MAY, I. ✠.

MM. BINET, I. ✠, Professeur de *Code civil* et Chargé du *Cours d'enregistrement,* doyen.

GARNIER, I ✠, Professeur d'*Economie politique* et Chargé du *Cours de Législation financière.*

BEAUCHET, I ✠, Professeur de *Procédure civile* et Chargé du *Cours de Procédure civile* (Voies d'exécution).

BOURCART, ✻, I ✠, Professeur de *Droit commercial* et Chargé d'un *Cours de Droit commercial* (Licence).

GAVET, I ✠, Professeur d'*Histoire du Droit,* Chargé du *Cours d'histoire du droit privé* et du *Cours d'histoire du droit et des institutions juridiques de l'Est.*

CHRÉTIEN, I ✠, Professeur de *Droit international public et privé* et Chargé du *Cours de Droit international public* (Doctorat).

CARRÉ DE MALBERG, I ✠, Professeur de *Droit public et constitutionnel* et Chargé des *Cours de Droit public* (Licence) et de *Droit public et Droit constitutionnel comparé* (Doctorat).

GÉNY, I ✠, Professeur de *Code civil* et Chargé du *Cours de Droit civil approfondi* (Doctorat).

MICHON, I ✠, Professeur de *Droit romain,* et Chargé du *Cours de Pandectes.*

BROCARD, A. ✠, Professeur-adjoint et chargé d'un cours d'*Economie politique* (Licence), d'un *Cours d'Economie politique* (Doctorat) et du *Cours d'Histoire des Doctrines économiques.*

ROLLAND, A. ✠, Professeur de *Droit administratif,* chargé d'un *Cours de Droit administratif* (Doctorat) et *du Cours de Législation et Economie coloniales.*

SENN, A. ✠, Professeur de *Droit romain* et chargé d'un *Cours de Législation industrielle* (Licence).

NAST, Agrégé, chargé du *Cours de Droit criminel,* d'un *Cours de Droit naturel* et d'un *Cours d'Eléments de Droit civil* (Capacité).

N..., Agrégé et chargé d'un *Cours de droit civil.*

SIMONNET, A. ✠, Docteur en droit, Chargé d'un *Cours d'éléments de Droit civil* (Capacité).

RENARD, A. ✠, Docteur en droit, Chargé d'un *Cours d'Eléments de Droit public et administratif* (Capacité).

MELIN, A. ✠, Docteur en droit, Chargé du *Cours de Science sociale.*

ROVEL, I ✠, Docteur en Droit, Secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

UNIVERSITÉ DE NANCY. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

SUBROGATION RÉELLE

CONVENTIONNELLE ET LÉGALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

le samedi 18 janvier 1913, à 4 heures

PAR

A. HENRY

AVOCAT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ (1er PRIX DE DROIT CIVIL, 2e PRIX DE DROIT ADMINISTRATIF)

Président : M. GÉNY, *professeur.*

Suffragants : MM. BINET, *professeur-doyen.*
NAST, *agrégé.*

ACAD. LIBRAT. BIBL.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1913

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547220_0011

BIBLIOGRAPHIE

I. — Doctrine.

1° Anciens auteurs.

Renusson. — Traité de la subrogation, nos 1, 3 et 4.
— Traité des propres, chap. I, sect. X. Edition de Serieux. Paris, 1780.
Lebrun. — Traité des successions, livre II, chap. I, sect. I, nos 64 et 65. Paris, Savoye, 1775.
Pothier. — Traité de la communauté, n° 197.
— Traité des propres, n° 77.

2° Opinions anciennes.

Répertoire Guyot devenu le *Répertoire Merlin*.
Répertoire Merlin, 1828. — Voir subrogation de choses, t. XVI (Sur la date du *Répertoire Merlin*. Voir nota 3°).
Flach. — De la subrogation réelle, 1828.
— *Revue historique de droit*, 1868, t. XIV, p. 448-551 et 1869, t. XV, p. 369-497.
— De la subrogation réelle, broch. in-8°. Paris, 1870.
Aubry et Rau. — 1873, 4e édition, t. VI, page 235, § 175.
Paulmier. — Thèse de doctorat. Paris, 1882.

3° Opinions modernes.

Saleilles. — *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1893, p. 871.
— Notes dans le Sirey, S. 94.2.185, S. 1903.1.321.
Stora. — Subrogation réelle, thèse de doctorat. Paris, 1901.
Demogue. — Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle. Paris, Pichon, éditeur, 1901.
— *Revue critique de législation*, 1901, t. XXX, p. 236 et suiv., 295 et suiv., et 346 et suiv.
Bretonneau. — Thèse Paris, Clauses d'inaliénabilité, 1902.
Planiol. — Notes dans Dalloz, 1902.1.33.

— Manuel droit civil, t. I, n° 2344 en note ; t. II, notes ; t. III, n° 922 en note.

Répertoire Fuzier-Hermann, 1904, p. 1073, lettre S.

Aurenge. — Subrogation réelle, thèse Grenoble, 1910.

Demogue. — Notes de jurisprudence, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, p. 131, et 1912, p. 183.

Magnillat (A.). — Subrogation réelle, thèse Lyon, 1912, Legendre, éditeur.

II. — Jurisprudence.

Voir pour chaque matière les arrêts cités en note.

Arrêts de principe.

1° Arrêt Ch. req., 28 février 1899, D. 1905.1.28.

2° Arrêt de Dijon, 30 juin 1893, S. 1894.2.185.

3° Arrêt Ch. civ., Cass., 29 avril 1901.

a) Avec note Planiol au D. 1902.1.33.

b) Avec note Saleilles au S. 1903.1.321.

4° Voir aussi sur la question de la subrogation de l'indemnité d'assurance et de l'indemnité locative : Arrêt de Paris, 31 mars 1905.

a) Avec note Planiol au D. 1906.2.321.

b) Avec note Demogue au S. 1906.2.137.

5° Cass., 1er août 1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 2e semestre, p. 286.

6° Trib. civ. d'Albi, 10 mai 1911, *Gaz. Trib.*, 24 septembre 1911 ou *Rec.*, 1911, 2e sem., 2.367.

Voir sur ce sujet, Demogue, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1912, p. 183 (jurisprudence).

. . . . . .

Nota : 1° Les références au *Manuel de Girard* sont indiquées d'après la 4e édition.

Les références au *Manuel de Planiol*, t. I, sont indiquées d'après la 5e édition.

Les références au *Manuel de Planiol*, t. II, sont indiquées d'après la 4e édition.

Les références au *Manuel de Planiol*, t. III, sont indiquées d'après la 4e édition.

2° Nous n'indiquons dans cette bibliographie que les ouvrages qui se réfèrent directement à la question de la subrogation réelle.

Nous indiquerons, à leur place les ouvrages et arrêts qui ne traitent qu'une question déterminée.

3° Le *Répertoire de Guyot* (1re édition) date de 1775 et an. suiv.

La seconde édition est de 1784-1785.

La 1re édition de Merlin (la 3e du *Répertoire Guyot*) est de 1807-1809.

La 4e édition de ce *Répertoire* a paru de 1821 à 1825.

La 5e édition, la plus souvent citée, est de 1827-1828. C'est cette dernière édition que nous citons dans notre travail.

L'article « Subrogation réelle » a du reste peu changé à travers toutes ces éditions successives.

(Voir *Manuel du Libraire* de Jacques Brunet, 1862, t. III au mot *Merlin*.)

INTRODUCTION

La théorie classique des obligations telle qu'elle nous a été léguée par le droit romain, telle qu'elle a été exposée par Pothier, reproduite par le Code civil et développée par ses commentateurs, subit depuis un certain temps de sérieux assauts ; les auteurs modernes (1) se sont préoccupés d'analyser ces notions purement rationnelles de patrimoine, de droit de créance, de droit réel..., notions que l'on a considérées longtemps comme des axiomes d'une vérité absolue et de montrer que ces concepts abstraits ne sont le plus souvent que des généralisations hâtives, que des idées subjectives et *à priori* qui, bien loin de faciliter le mouvement de la science, ne peuvent que le retarder (2). Il y a donc actuellement une crise de la théorie des obligations qui n'est au fond qu'une crise de la « technique juridique ».

Nous plaçant à ce point de vue, nous nous proposons d'étudier un de ces procédés techniques abstraits : la notion de « subrogation réelle », et de rechercher si derrière ce concept se cachent des réalités économiques ? S'il existe une utilité quelconque au maintien de cette notion dans le

(1) Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, 1911 ; Saleilles, *Théorie de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, Paris, 1890.

(2) M. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, octobre 1889. M. Gény a montré l'abus qui consiste « à envisager comme douées d'une réalité objective permanente des conceptions idéales provisoires et purement subjectives de leur nature » (p. 115).

droit français ? Nous ne réussirons à faire triompher la cause de la subrogation qu'à condition d'établir que ce procédé est, sinon le seul, du moins le plus commode, qui existe actuellement pour donner satisfaction aux légitimes besoins de la pratique.

Conflit entre la doctrine et la jurisprudence (Intérêt pratique du sujet).

Or il semble, au premier abord, que, bien loin de faciliter la tâche du juge, l'idée de subrogation réelle la complique inutilement en lui imposant des solutions évidemment contraires à l'équité. Dans la théorie classique (1) cette subrogation est une *fiction* qui consiste dans la substitution d'une chose à une autre dans un rapport juridique, qui a pour but de transférer à un bien les qualités juridiques appartenant à un autre bien. La subrogation réelle, étant une fiction, est forcément de droit étroit, on ne doit l'admettre que dans les cas où le législateur l'a formellement consacrée ; en aucun cas elle ne saurait résulter de la simple convention des particuliers (2). De plus, et sauf décision contraire de la loi, elle n'a pas lieu pour des biens isolés, elle ne se produit que dans les universalités.

Telle est l'opinion traditionnelle. Mais ce système, contredit par les faits, n'a pas reçu l'approbation de la jurisprudence la plus récente. Si on partait en effet de cette idée que la subrogation est de droit étroit, on en serait conduit

(1) La théorie classique est celle : 1° du *Répertoire Merlin* ; 2° de Flach ; 3° d'Aubry et Rau. Voir références dans la Bibliographie.

(2) *Sic* : 1° Flach (*Revue historique*) ; 2° Aubry et Rau, t. IV, p. 235 et suiv., surtout p. 239. — *Contrà* : nos anciens auteurs.

à interpréter restrictivement toutes les hypothèses où le législateur consacre cette théorie. Or les tribunaux (1) ont toujours envisagé très largement les effets du remploi sous le régime de communauté, et sous le régime dotal, la jurisprudence a même étendu le domaine de la subrogation par son adoption d'un système très hardi : celui de la « dot incluse dans les paraphernaux » ; les tribunaux ont donné également à l'article 747 du Code civil une portée très étendue, et certaines Cours d'appel avant la loi de 1889 avaient admis la subrogation de l'indemnité d'assurance à l'immeuble hypothéqué ou grevé de privilège (2). Qu'on ne prétende pas non plus que la subrogation réelle ne se réalise jamais que dans les universalités, puisqu'en fait presque toutes les hypothèses de ce genre, que consacrait l'ancien droit et que reconnaît encore le droit moderne, ont traît à des biens isolés (3).

Mais c'est surtout dans deux arrêts récents (4) que la jurisprudence a rompu avec les idées anciennes. Un bien ou ensemble de biens ayant été donné à une personne morale

(1) Sur la question de la dot incluse, voir 1° les arrêts cités dans notre chapitre : *Subrogation sous le régime dotal* ; 2° sur l'article 749 du Code civil, arrêt de Lyon, 24 août 1871, S. 72.2.121.

(2) *Sic* : Colmar, 25 août 1826, S. 28.2.17 ; Rouen, 27 décembre 1828, S. 30.2.167. — *Contrà* : Cass., 28 juin 1831, S. 31.1.291.

(3) La subrogation réelle avait surtout lieu dans l'ancien droit dans la théorie des propres de succession ; dans le droit moderne dans celle des propres de communauté, c'est-à-dire dans des biens isolés (ou plus exactement dans des masses de biens auxquelles on refuse le caractère de patrimoine).

(4) Dijon, 30 juin 1893, S. 94.2.183, note Saleilles ; Cass. (ch. civ.), 29 août 1901, D. 1902.1.33, note Planiol, S. 1903.1.321, note Saleilles. — Voir également Cass., 10 août 1910 (*Gaz Pal.*, 1910, 2e sem., p. 286) qui décide encore que la subrogation dépend avant tout de la volonté des parties, en dehors des cas spécifiés par la loi.

à charge pour elle de les affecter à un but déterminé, celle-ci aliène un de ces biens ou en reprend la libre disposition, mais avec le prix de la vente en achète un autre qu'elle affecte tout comme le premier à l'exercice même de la fondation ; dans ces conditions, doit-on considérer le nouvel immeuble comme subrogé réellement à l'ancien, et par suite comme devant être restitué aux héritiers en cas de révocation de la donation pour inexécution des charges ? La Cour de cassation, dans son arrêt du 29 avril 1901, a admis la thèse de la subrogation, elle ne faisait en cela que confirmer de sa haute autorité une jurisprudence déjà établie dans une espèce analogue par un arrêt de la Cour de Dijon du 30 juin 1893. La jurisprudence admet donc aujourd'hui que la subrogation peut résulter d'une simple convention, bien plus elle présume en ce sens la volonté des particuliers ; elle ne fait plus également de distinction entre les biens isolés et les universalités ; dans l'espèce visée par la Cour de Dijon, on pouvait encore soutenir que la fondation se composait d'un petit patrimoine, mais dans les conditions où la Cour suprême avait eu à statuer, un immeuble seul avait fait l'objet de l'affectation.

En présence de cette contradiction entre la doctrine et la jurisprudence que décider ? Faut-il purement et simplement abandonner la notion de subrogation réelle et chercher à justifier, par des motifs différents, les solutions libérales données par les arrêts ? C'est une question que nous aurons à examiner à la fin de notre travail. Pour le moment, nous considérerons cette notion comme faisant partie intégrante du droit positif, mais nous nous efforcerons de la rendre plus claire et de l'adapter aux faits aussi exactement que possible.

Du champ d'application de la subrogation réelle (Intérêt théorique du sujet).

Sous le nom de *propriété d'affectation* on désigne en réalité des théories assez différentes : tout d'abord un système d'aspect philosophique et social qui prétend limiter le caractère absolu que l'on accordait autrefois au droit de propriété, en soutenant que le propriétaire ne possède pas dans son intérêt exclusif, mais également dans l'intérêt social, que par suite la propriété est limitée par son but, que dépasser ce but c'est abuser de son droit, c'est commettre une véritable faute. L'objet de ce système est de donner une base satisfaisante à la théorie de « l'abus du droit » (1), théorie que l'on n'arrive à construire que très difficilement si l'on considère la propriété comme un droit absolu. Partant de cette idée que la propriété est toujours affectée à une fin sociale, M. Bretonneau (2) et M. Goubeaux (3) en arrivent à en donner la définition suivante :

(1) *Théorie de l'abus du droit*, consacrée par le Code civil allemand, § 226, et le nouveau Code civil suisse, art. 2. — Sur la question de l'abus du droit en France, voir Colmar, D. 56.2.9 ; 27 juillet 1900, S.1901.2.147 ; D. 1907.1.385, avec note Ripert ; Planiol, *Droit civil*, t. II, n° 871 ; note Ripert, au Dalloz, 1907.1.386. — Voir aussi : Teisseire, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, thèse Aix, 1901 ; Ripert, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, 1902 ; Charmont, L'abus du droit, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 113 et suiv. ; Josserand, *De l'abus des droits*, 1905 ; Salanson, *De l'abus du droit*, thèse Paris, 1903 ; Marc Desserteaux, Abus de droit ou conflit de droits, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1906, p. 119 et suiv., et surtout Saleilles, Rapport à la première sous-commission de la revision du Code civil, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 329 et suiv.

(2) Goubeaux, *Clause d'indivision forcée et perpétuelle*, p. 210.

(3) Voir une formule analogue, dans Bretonneau, thèse citée, p. 190 : la propriété, dit-il aussi, « est le régime juridique qui exprime l'affectation d'une chose à un but ».

« la propriété est toujours et uniquement l'institution de droit qui permet à une chose d'atteindre pleinement sa fonction économique et sociale ». Sans s'exprimer d'une façon aussi catégorique, M. Boistel (1) avait déjà adopté une formule voisine de celle de M. Goubeaux ; « la propriété, dit-il, est le droit exclusif d'employer une chose pour l'obtention de ses fins en respectant le droit d'autrui ». Il limite la propriété « à ce qui est utile et ne viole pas le droit des autres hommes ».

Quant à nous, nous n'avons pas la prétention de discuter dans cette thèse cette conception de la propriété *fonction sociale* (2), système beaucoup moins original qu'on ne serait tenté de le croire, puisqu'il a été autrefois soutenu par les théologiens (3). Nous envisagerons sous le nom de propriété d'affectation un système beaucoup plus simple, mais aussi, plus spécialement juridique. Nous considérerons qu'en faisant abstraction du droit de gage des créanciers sur tout l'ensemble du patrimoine, droit qui n'est en fait guère rigoureux (4), le propriétaire est en principe libre

(1) Boistel, *Philosophie du droit*, t. I, n° 205.

(2) Voir Duguit, *Transformations générales du droit privé*, chap. VI, p. 147 et 166, « *propriété fonction sociale* ». Pour Duguit, la propriété est grevée d'une double affectation aux fins individuelles de l'homme, et aux besoins communs de la collectivité.

(3) *Théologiens*. Ils considèrent que la propriété est limitée par son but qui est d'assurer la volonté de Dieu qui nous l'a donnée. — Voir par exemple, les opinions de saint Thomas et de saint Ambroise, indiquées dans la préface de Brocard au livre de Ryan, *Idée du droit à l'existence*, p. 8 et 9. — Voir aussi Dubois, *Histoire des doctrines économiques*, p. 79 et suiv.

(4) On pourrait en effet être tenté de dire que toute propriété est une propriété d'affectation, puisque tous les biens du patrimoine sont le gage commun des créanciers, puisqu'ils sont tous affectés au paiement des dettes du débiteur, mais ce droit gage n'empêche pas le propriétaire de pouvoir aliéner valablement (sauf le cas de fraude où a lieu l'action paulienne).

d'aliéner comme il l'entend les choses qu'il a en sa possession, mais qu'il peut se faire que ce droit de disposition se trouve limité par suite de l'affectation de ces choses à un but autre que la satisfaction pure et simple des légitimes désirs de leur possesseur ; dans ces conditions, on se trouve en présence d'une *clause d'affectation* entravant plus ou moins le libre droit de disposition du propriétaire. C'est en ce sens que nous entendrons le mot d'affectation, c'est sur ce terrain que nous nous placerons toujours lorsque nous aurons, au cours de ce travail, à exposer une théorie de « l'affectation contractuelle ».

De l'idée de propriété d'affectation, à la notion de *patrimoine d'affectation* il n'y a qu'un pas, et ce pas est vite franchi lorsqu'on observe, que la plupart du temps, c'est tout un ensemble de biens que les parties ont entendu affecter à un but déterminé, et que par suite il est assez naturel de considérer cet ensemble comme constituant un petit patrimoine à part, dictinct du patrimoine général de la personne. C'est presque la théorie du « Zweckvermögen » (1) des auteurs allemands qui prétendent trouver dans l'idée de but la base de la connexité patrimoniale. Ils soutiennent que la notion de patrimoine est parfaitement distincte de la notion de personnalité, que ce qui fait l'unité du patrimoine, c'est la communauté de but auquel les biens sont affectés, et non pas leur commune possession par une même personne physique ou morale, et par là même ils ne désespè-

(1) Brinz, *Pandekten*, 2e éd., t. I, p. 202-261, cité par Saleilles, dans *Revue Bourguignonne*, 1893, p. 881, et par Demogue, p. 357. — Voir Gazin et bibliographie des auteurs allemands, dans sa thèse Dijon, 1910, sur la notion de patrimoine. — Voir aussi : Gény, *Méthode d'interprétation*, p. 123 ; Saleilles, *Personnalité juridique*, p. 475 et 476 et *passim* (analyse de la théorie de Brinz).

rent pas de nous débarrasser à tout jamais de la fiction (d'après eux) inutile et même dangereuse de la personnalité morale (1).

Sans vouloir discuter pour le moment cet aspect très original de la propriété d'affectation, recherchons simplement si cette idée, entendue dans son sens le plus simple, est compatible avec les principes du droit français.

Il serait certainement exagéré de prétendre que l'idée d'affectation soit complètement étrangère au Code civil (2). Sans insister sur la classification des biens appartenant à des personnes publiques ou à des personnes privées (art.537 à 542, C. civ.), distinction tirée de l'affectation juridique de ces biens, il convient d'observer que le Code civil a aussi admis la même idée d'affectation dans la matière des sociétés, le patrimoine social étant distinct du patrimoine personnel des associés parce qu'il est composé d'un ensemble de biens affectés à un but déterminé. Mais c'est surtout dans sa théorie des régimes matrimoniaux que le législateur français tient compte de ses idées d'affectation. Les biens dotaux sont les biens affectés par les futurs conjoints aux besoins du ménage, les biens propres, les biens réservés aux

(1) Si l'on voulait préciser la terminologie de cette question, il faudrait,à notre sens, distinguer trois choses : 1° *La propriété d'affectation*, théorie qui prétend que la propriété étant affectée à une fin sociale, est toujours limitée par son but, et n'est pas par suite un droit absolu. C'est surtout une question d'ordre économique.

2° *Les clauses d'affectation*. Clauses par lesquelles les parties affectent un bien à un usage déterminé, autre que son usage habituel. Ces clauses comprennent les clauses d'inaliénabilité et de subrogation.

3° *Le Patrimoine d'affectation*.Par là on désigne un ensemble de biens affectés à un but déterminé et formant une universalité juridique, distincte du patrimoine général de la personne.

(2) Sur toute cette question, voir Goubeaux, ouvrage cité.

besoins personnels du mari ou de la femme et de leurs enfants.

Seulement cette idée d'affectation serait restée sinon profondément cachée, tout au moins discrètement dissimulée derrière les articles du Code, sans les vigoureux efforts des jurisconsultes de l'époque actuelle qui se sont efforcés de la mettre en lumière. Ce sont eux qui ont permis à la jurisprudence moderne, d'improviser, chez nous, dans le silence de la loi, et même en présence de l'hostilité marquée de nos assemblées parlementaires une théorie neuve et hardie de la fondation. A son tour le législateur a tenu compte de ses idées d'affectation dans un certain nombre de lois récentes : loi du 19 février 1889, qui admet dans son article 2 la subrogation de l'indemnité d'assurance à la chose hypothéquée ou grevée de privilège ; loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée, et loi du 12 juillet 1909 sur le bien de famille insaisissable qui ont créé chacune un petit patrimoine à part à affectation distincte. On voit le rôle considérable que joue l'idée d'affectation dans le droit moderne ; dans ces conditions il ne semble pas inutile de préciser la condition juridique des biens affectés.

§ 1. — On peut définir l'*affectation contractuelle* une clause par laquelle les parties décident d'affecter un bien isolé, ou une masse de biens à un usage déterminé. L'affectation contractuelle dans sa forme la plus absolue, entraîne l'inaliénabilité du bien (1). Lorsque les parties ont en effet entendu décider qu'un bien individuellement désigné serait consacré à un usage déterminé et que seul ce bien est de nature à procurer l'utilité voulue par les parties, ce bien se trouve, par là même, frappé d'une indisponibilité complète.

(1) Sur les clauses d'inaliénabilité, voir Bretonneau, thèse citée.

Mais à côté de cette affectation rigoureuse que l'on peut désigner du nom « d'affectation en nature », on conçoit en pratique une affectation moins complète ou « affectation en valeur » n'entraînant pas une inaliénabilité absolue. Cette affectation en valeur aura lieu chaque fois que l'objet de l'affectation voulue par les parties ne consistera pas dans l'immeuble lui-même, mais dans sa valeur pécuniaire. « Quand un bien reçoit une affectation de ce genre, écrit M. Planiol (1), il est envisagé dans sa valeur pécuniaire plutôt que dans son individualité matérielle, il devient un simple moyen de réaliser un but voulu, et sa conservation n'est nécessaire que dans ce but. » Donc dans le cas d'une affectation en valeur, le bien est aliénable, mais il n'est aliénable qu'à charge de remploi, c'est-à-dire à condition d'être remplacé dans le patrimoine par un bien d'une valeur au moins égale, et le nouveau bien est comme l'ancien soumis à la même affectation, résultat que l'on exprime en disant qu'il lui est subrogé réellement.

On en arrive donc à adopter la formule suivante que nous nous efforcerons de justifier ultérieurement : « *l'affectation contractuelle est dans ces hypothèses la condition nécessaire et suffisante de la subrogation réelle.* » La condition nécessaire, car dans ces cas il ne saurait y avoir de subrogation sans affectation préalable ; la condition suffisante, en ce sens que la subrogation réelle se produira de plein droit au moment du remploi, en vertu de la clause d'affectation et sans qu'il soit besoin d'une convention nouvelle. En effet, afin de respecter la volonté des parties, on est conduit forcément à considérer le nouveau bien comme affecté au même usage que l'ancien dont il prend la place, c'est-à-

(1) M. Planiol, note au Dalloz, 1902.1.33.

dire selon la terminologie courante, comme subrogé réellement au bien aliéné.

La subrogation apparaît alors comme une garantie très efficace du but voulu par les parties. Et toute la question de savoir si la subrogation réelle est permise dans le silence de la loi, — point jusqu'ici très controversé, — se ramène à la suivante : la clause d'affectation contractuelle est-elle, elle-même, licite ? Difficulté que nous aurons à envisager plus loin (1).

Dans notre ancien droit, le champ de la subrogation réelle était peut-être encore plus étendu que dans le droit moderne, c'est ainsi que l'on parlait de subrogation à propos des propres de succession. Or les « propres de succession » ne sont-ils pas par excellence des biens d'affectation (2), des biens dont le titulaire ne peut pas entièrement disposer, parce qu'ils constituent le patrimoine familial dont il n'a que la jouissance ?

Cette affectation des propres aux besoins de la famille était garantie par la réserve coutumière des quatre-quints en ce qui concernait les libéralités par testament, par la règle « donner et retenir ne vaut », qui restreignait considérablement le champ des donations entre vifs, par l'institution du retrait qui permettait aux lignagers, lorsqu'un propre avait été vendu, de reprendre le marché pour leur compte, et par suite de faire entrer le bien dans la famille. Cette affectation à l'origine devait être garantie d'une

(1) 1° Voir en ce sens : Planiol, note au Dalloz déjà citée *suprà*. 2° Nous présenterons plus loin, d'une façon beaucoup plus complète, une théorie générale de l'affectation contractuelle dans ses rapports exacts avec le problème de la subrogation.

(2) Voir en ce sens, art. 139, Coutume de Paris ; art. 383, Coutume d'Orléans.

façon plus efficace encore (1) : la terre familiale n'étant considérée comme aliénable qu'à charge de remploi ou d'échange. Or le nouveau bien ainsi acquis en remploi ou en échange du précédent faisait forcément comme lui partie du patrimoine familial, il prenait comme lui le même caractère juridique et c'est pourquoi nos anciens auteurs lui donnaient le nom de « propre de subrogation » (propres par représentation ou fictifs).

Dans le droit moderne, l'hypothèse type de l'affectation se rencontre dans la libéralité avec charge, ayant pour but de réaliser une fondation. La fondation consiste, par définition même (2), à affecter un bien perpétuellement à une œuvre déterminée. En principe, les biens affectés ne sont pas considérés comme totalement indisponibles, mais simplement comme n'étant aliénables qu'à charge de remploi ; le légataire pourra donc modifier à son gré la nature des placements, convertir, par exemple, un placement immobilier en rentes sur l'Etat, à condition toutefois que les biens ainsi acquis soient d'une valeur au moins égale à celle des biens aliénés et qu'ils puissent servir comme eux à assurer le fonctionnement de l'œuvre voulue par le donateur ou le testateur. Et c'est pourquoi, dit-on, la subrogation aura lieu chaque fois que des biens meubles ou immeubles affectés à la fondation auront été remplacés par d'autres destinés au même usage, car ces biens n'entreront dans le patrimoine du légataire que grevés de la même charge et par suite, seront comme les premiers sujets, à restitution pour le cas où le but de la fondation ne serait plus réalisable. Les régimes matrimoniaux nous fournissent également des

(1) Stora, thèse, p. 62 et 232 (thèse citée dans la bibliographie).
(2) Planiol, *Manuel*, t. III, n° 3331.

exemples simples d'affectation de biens à un usage déterminé ; on peut définir les biens dotaux : « les biens affectés aux besoins du ménage » ; les biens propres : « ceux qui sont réservés aux besoins personnels de chaque époux, à l'exclusion de la communauté » (1). Les biens dotaux sont affectés d'une façon très énergique aux « besoins du ménage et aux intérêts élevés de la famille » (2) ; par suite, leur aliénation est prohibée en principe par la loi (art. 1554, C. civ.), et cette aliénation n'est permise qu'à titre exceptionnel dans le cas d'une crise de famille (art. 1558, surtout alinéas 1 et 2), pour l'établissement d'enfants (art. 1555 et 1556), car alors l'aliénation se justifie par les motifs, qui la font habituellement prohiber, c'est-à-dire par la nécessité d'assurer la vie normale de la famille. Mais de même que les époux sont libres d'adopter ou non le régime dotal, de même il leur est permis de stipuler dans leur contrat de mariage que certains biens dotaux seront aliénables (art. 1557) avec ou sans condition de remploi.

Dans le cas d'échange d'un bien dotal contre un autre (art. 1559) ou de remploi, lorsque le contrat de mariage l'exige,les biens acquis à la place des biens cédés ou aliénés sont forcément comme eux affectés aux besoins du ménage, c'est-à-dire, par définition même, dotaux. Dans l'ancien droit, comme dans le droit moderne, on a toujours exprimé ce résultat en disant que les choses ainsi obtenues sont subrogées réellement aux biens vendus ou échangés, et cela parce qu'elles prennent à leur place la qualité de meuble ou d'immeuble dotal.

(1) Planiol, *Manuel*, t. III, n° 922 en note.

(2) 1° Gazin, *Thèse sur la notion de patrimoine*, p. 280, Dijon, 1910 ; 2° Bartin, note au Dalloz, D. 1901.1.149. D'après lui, la dot constitue également un patrimoine.

Sous le régime de communauté, les biens propres sont en principe librement aliénables, leur remploi est simplement facultatif pour les époux, il ne devient obligatoire que lorsqu'il a été prévu par le contrat de mariage. Mais que ce remploi soit obligatoire, ou simplement facultatif, ses conséquences en seront toujours les mêmes, le bien nouveau étant comme l'ancien réservé aux besoins personnels des époux prendra lui aussi la qualité de propre, résultat que l'on traduit juridiquement dans cette formule : en cas de remploi le bien nouveau est subrogé à l'ancien parce qu'il revêt comme lui la condition de propre de communauté.

Envisageons également les substitutions permises (C. civ., art. 1040 et suiv.) et les majorats dans la mesure extrêmement restreinte où ils subsistent encore (1). On se trouve ici en présence de biens affectés aux besoins des générations futures que l'appelé représente, le grevé ne peut donc, en disposant de ces biens, compromettre les droits éventuels de l'appelé, et la conséquence en est que, conditionnellement du moins (2), ces biens seront indisponibles entre ses mains ; pourtant il ne peut se faire qu'exceptionnellement l'aliénation des biens substitués soit autorisée et valable ; or dans ces conditions ne doit-on pas considérer « que les deniers provenant de l'aliénation, ou la chose acquise en remploi seront soumis au régime des biens subs-

(1) Les majorats, depuis les lois des 12 mai 1835 et 7 mai 1849, qui les avaient abolis, pour l'avenir, ont aujourd'hui presque complètement disparu. — Voir sur cette question, Planiol, *Manuel*, III, n° 3274.

(2) M. Planiol, *Manuel de droit civil*, t. III, n° 3320, explique les effets de la substitution, non pas comme on le fait habituellement à la suite de Pothier (*Substitutions*, n° 158 et suiv.), par l'idée d'une *résolution du droit du grevé*, mais par l'idée d'*inaliénabilité conditionnelle*.

titués » (1), feront partie du patrimoine de substitution ou du majorat ? C'est cette solution que semble bien admettre l'article 1065 du Code civil pour le cas d'emploi des deniers et que consacre la jurisprudence pour les majorats (2).

Lorsqu'on cherche à justifier les clauses d'inaliénabilité dont la jurisprudence admet la validité à condition qu'elles soient temporaires et motivées par un intérêt sérieux, on en arrive à leur assigner également comme fondement l'idée d'affectation (3), mais on peut se demander si, dans tous les cas, l'affectation bien comprise entraîne forcément l'indisponibilité complète, ou si l'on ne devrait pas plutôt considérer, que le plus souvent, l'indisponibilité ne frappe que la valeur des biens affectés et non pas les biens eux-mêmes ? Si une personne impose à un donataire ou à un légataire la charge de conserver jusqu'à un certain âge (4), jusqu'à sa majorité, par exemple, les biens légués, doit-on envisager l'inaliénabilité absolue comme la conséquence forcée de ce legs ? Ne serait-il pas plus juste de dire, dans certains cas, que le disposant a simplement voulu conserver au gratifié un capital qu'il soit sûr de retrouver à sa majorité, que par suite il n'a frappé d'indisponibilité que la valeur de ce capital, en obligeant son propriétaire à n'en disposer qu'à la charge de l'acquisition d'une contre-valeur ?

Mais est-il raisonnable de soutenir qu'il a entendu lui lier les mains par avance, en l'empêchant de profiter des bonnes chances qui peuvent se produire ? Ce serait certai-

(1) S. 1894 (Saleilles), p. 187, 2e partie.

(2) Majorats au cas d'aliénation avec remploi : Cass., 3 février 1841, S. 41.1.209.

(3) Bretonneau, thèse citée, p. 188-190.

(4) Voir les arrêts cités dans Planiol, *Manuel*, t. I, n° 2345.

nement lui prêter une pensée qui n'a pas été la sienne ; sauf le cas où il s'agit d'un bien de famille (1) dont le testateur a spécialement voulu assurer la conservation, on devrait donc interpréter la volonté du disposant dans le sens d'une simple clause de remploi obligatoire. Il serait aisé de tenir le même raisonnement pour le cas où des biens sont déclarés indisponibles entre les mains du légataire afin d'assurer le service d'une rente viagère au profit d'une autre personne, et peut-être aussi dans le cas d'inaliénabilité destinée à compléter et à renforcer le droit de retour légal de l'ascendant donateur (2) (art. 747, C. civ.). Mais en admettant la possibilité de clauses de ce genre qui ont sur les clauses d'inaliénabilité le grand avantage d'assurer la conservation d'un capital sans gêner la libre circulation des objets qui le composent, on entrevoit ici une nouvelle application de la subrogation réelle : les biens acquis en remploi, étant dans la même mesure que les biens aliénés auxquels ils sont subrogés, indisponibles dans l'intérêt du donateur, du donataire, ou d'un tiers.

Terminons notre rapide examen du champ de la subrogation réelle par l'indication de la loi du 19 février 1889 qui, dans son article 2, a admis la subrogation de l'indemnité d'assurance à l'immeuble hypothéqué, et aux choses grevées de privilège. Cette loi a probablement considéré que, du moment que le prix de vente d'un immeuble hy-

(1) Par « bien de famille » nous entendons simplement ici un bien, dont la conservation s'impose parce qu'il se rattache de près ou de loin à des souvenirs de famille. Nous ne donnons donc pas à ce mot le sens technique qu'il a dans la loi du 12 juillet 1909.

(2) 1° Voir Planiol, *Manuel*, t. I, n° 2345. — 2° Voir surtout, *Arrêt Angers*, 29 juin 1842, D. 42.2.218, point de départ de la validité des clauses d'inaliénabilité temporaire.

pothéqué était affecté aux créanciers hypothécaires par préférence aux simples chirographaires en cas de purge ou d'expropriation forcée, il était assez naturel d'admettre la même solution pour l'indemnité d'assurance qui, dans l'esprit du législateur, a été assimilée à un prix de vente. Il nous reste enfin à ajouter que la subrogation réelle peut se rencontrer dans l'application des lois du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée, et du 12 juillet 1909 sur le bien de famille insaisissable.

La loi du 13 juillet 1907 a créé, au profit de la femme mariée, un fonds de réserve domestique et familial (1), et pour mettre ses biens réservés à l'abri des dilapidations ou de la mauvaise gestion du mari, elle lui en a confié la libre administration. Mais ce que le législateur a désiré réserver à la femme, c'est beaucoup moins ses biens eux-mêmes dans leur individualité que leur valeur pécuniaire ; cette valeur est-elle placée par la femme dans un autre bien matériel, elle ne perd pas son affectation, le bien ainsi acquis faisant partie du patrimoine réservé. Et c'est bien ce que la loi décide en étendant, dans son article 1er, alinéa 2, par voie de subrogation, le caractère de biens réservés aux économies employées sous forme de valeurs mobilières ou immobilières. La constitution d'un bien de famille est destinée à conserver aux époux et à leurs enfants un foyer, une maison et un coin de terre, dont ils soient sûrs de n'être jamais expropriés, même en cas de mauvaise fortune. L'aliénation des biens compris dans le « Homestead » est permise sous certaines conditions ; dans le cas d'expropriation forcée ou d'incendie, la loi décide que l'indemnité sera affectée comme la chose elle-même à la reconstitution du patrimoine fami-

(1) *Sic* : Gazin, *Thèse sur le patrimoine*, p. 295.

lial ; elle nous fournit ainsi, dans ses articles 12, 14 et 15, un certain nombre de cas de subrogation réelle.

Dans toutes ces hypothèses (1) que nous venons d'étudier, la subrogation réelle apparaît comme la conséquence d'une clause d'affectation soit expressément stipulée par les parties, soit adoptée implicitement par elles par suite du choix de leur régime matrimonial. Cette subrogation réelle peut donc ici être qualifiée du nom de *conventionnelle*, comme l'affectation dont elle n'est que le prolongement et que la suite naturelle.

§ 2. — Nous avons déjà parcouru un cycle assez vaste, et pourtant nous n'avons pas encore épuisé le champ de la « subrogation réelle » ; il nous reste à envisager un certain nombre de situations juridiques dans lesquelles, de l'avis de tous les auteurs, il se produit une véritable subrogation. Selon une coutume traditionnelle que l'on prétend faire remonter au droit romain, on admet que l'héritier apparent peut être tenu de restituer au demandeur qui triomphe dans la pétition d'hérédité, non seulement les biens héréditaires, mais encore, et sous certaines conditions, les choses acquises par lui en échange ou en remploi de biens cédés ou aliénés. L'article 132 du Code civil nous indique une autre hypothèse de subrogation : des parents ont fait prononcer à leur profit l'envoi en possession définitif de biens de l'absent, ils ont ensuite aliéné certains de ces biens ; d'après la loi cet acte est valable même au cas de retour de l'absent ;

(1) Et dans certaines autres que nous avons négligées pour le moment et que nous envisagerons dans notre titre II, comme par exemple, la subrogation dans les biens appartenant à des mineurs, dans le fonds de commerce, dans le fonds social, dans la séparation des patrimoines, etc...

celui-ci ne peut plus revendiquer la propriété des choses vendues à l'encontre des tiers acquéreurs, mais il est fondé à réclamer à l'envoyé en possession les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de la vente. Enfin l'article 747 du Code civil, qui consacre au profit de l'ascendant donateur le droit de retour légal, décide que les ascendants succèdent aux choses par eux données à leurs descendants (décédés sans postérité) lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession. Ici non plus l'ascendant donateur ne peut revendiquer les choses aliénées, mais peut-il réclamer les choses acquises en échange ou en remploi du prix ? C'est ce que la loi a négligé de nous dire ; une controverse célèbre s'élève sur ce point, que la jurisprudence tranche par l'affirmative, en consacrant, dans ce cas encore, la thèse de la subrogation réelle (1). Mais quand on rapproche ces différentes hypothèses les unes des autres, on ne peut manquer d'être frappé de ce fait qu'elles ont toutes les trois un lien commun ; il s'agit dans toutes ces hypothèses d'une restitution d'un patrimoine (2), c'est à-dire de biens envisagés dans leur valeur pécuniaire plutôt que dans leur individualité matérielle. La subrogation s'explique alors par cette idée que l'individu qui est tenu de la restitution d'un patrimoine, n'est pas débiteur à proprement parler des choses qui composent ce patrimoine, mais de leur ensemble envisagé comme une valeur pécuniaire. Dans toutes ces situations juridiques, la subrogation réelle est la conséquence de l'obligation de restitution imposée à une personne par la loi ou par la coutume ; elle repose donc sur l'autorité de la loi et non pas

(1) *Sic* : Arrêt de Lyon, déjà cité ; Lyon, 24 avril 1871. S. 72.2.121.
(2) Voir Planiol, note au Dalloz, 1902, déjà citée.

sur la volonté des parties, et c'est pourquoi nous proposons de dire qu'elle est *légale* et non plus conventionnelle.

Plan de notre travail. — Subrogation réelle conventionnelle et légale.

Nous avons exposé ainsi, dès le début de notre travail, la classification des hypothèses de subrogation réelle adoptée avec quelques variantes par MM. Demogue et Planiol ; le moment n'est pas encore venu de critiquer ou de justifier cette distinction, mais il nous a paru utile de l'indiquer tout au commencement de cette thèse afin de donner l'impression au lecteur, que le champ de la subrogation est extrêmement vaste et qu'il est par suite utile de présenter de cet ensemble complexe une construction juridique solide.

Or cette construction juridique ne peut être que l'œuvre de la doctrine qui l'a déjà entreprise, avec les remarquables travaux de MM. Demogue et Planiol; fidèle en effet à son système, et plus soucieux de résoudre des espèces pratiques que d'exposer des idées générales, le Code civil s'est soigneusement abstenu de nous présenter une vue d'ensemble de notre sujet.

Dans une certaine mesure il a bien fait, puisque son système, forcément imparfait, n'aurait pu qu'entraver le développement ultérieur de la science. Mais son silence n'en est pas moins gênant ; c'est de lui qu'est né le conflit d'interprétation entre la doctrine et la jurisprudence, conflit que nous indiquions au début de cette introduction et que l'on peut résumer dans les deux propositions suivantes : 1° Doit-on donner aux textes du Code civil qui visent des hypothèses de subrogation réelle une interprétation extensive ou restrictive ? 2° Doit on admettre la validité de la

convention de subrogation réelle (ou de la clause de remploi obligatoire) en dehors des cas où elle a été prévue par la loi ?

C'est ce conflit d'interprétation qui marque le côté pratique de notre sujet, c'est par suite lui qui orientera définitivement le plan général de notre travail. Pour résoudre cette difficulté, on est en effet conduit à rechercher le fondement de la subrogation : légal ou conventionnel? et à proposer une distinction, qui semble toute naturelle (1) : la subrogation prévue ou non par le Code reposant véritablement sur la volonté des parties lorsqu'elle apparaît comme la conséquence d'une clause d'affectation stipulée au préalable, ayant au contraire comme seul fondement l'autorité de la loi dans les cas où celle ci ordonne une restitution de patrimoine n'ayant pas fait l'objet d'une affectation spéciale.

La subrogation réelle est donc, peut-on dire, tantôt légale, tantôt conventionnelle (2). Nous basant sur cette observation, nous comptons ordonner de la manière suivante le plan général de notre travail : 1° Un titre premier sera

(1) Distinction indiquée par M. Planiol dans sa note au Dalloz, 1902 déjà citée.

(2) Précisons la terminologie un peu spéciale employée dans ce travail :

1° Par *subrogation réelle légale*, nous entendons seulement les hypothèses de subrogation réelle qui reposent uniquement sur la volonté du législateur, ou sur une tradition bien établie.

2° Sous le nom de *subrogation réelle conventionnelle*, nous grouperons toutes les hypothèses de subrogation réelle qui ne se réalisent qu'en vertu d'une volonté préalable des parties, que ces hypothèses soient ou non prévues par la loi.

Cette terminologie, qui nous semble commode, est voisine de celle employée par le Code civil pour la subrogation personnelle (art 1250-1251).

consacré à l'exposition des théories générales. Dans ce titre, après avoir développé successivement l'opinion traditionnelle, et les théories modernes, nous comparerons entre eux ces différents systèmes, sans toutefois prendre parti nous-mêmes sur la nature véritable de la subrogation.

2° Dans les titres II et III nous exposerons respectivement en détail toutes les hypothèses de subrogation réelle conventionnelle ou légale.

3° Cet exposé terminé, il nous sera facile de conclure à notre tour, en nous demandant au juste ce qu'il faut entendre par ce terme de subrogation réelle, si ce mot est autre chose qu'une étiquette commode, et s'il recouvre une notion juridique vraiment digne de ce nom.

TITRE PREMIER

THÉORIE GÉNÉRALE DE LA SUBROGATION RÉELLE

CHAPITRE PREMIER

LA THÉORIE TRADITIONNELLE.

Nous nous proposons, dans ce chapitre premier, d'exposer la théorie traditionnelle de la subrogation réelle, c'est-à-dire celle qui a été élaborée par nos anciens auteurs, surtout par Renusson et par Lebrun, celle qui a reçu depuis 1804 l'approbation des commentateurs du Code civil, celle qui a été défendue avec beaucoup de talent par Flach, et reprise avec plus de précision encore par MM. Aubry et Rau.

A la suite du *Répertoire* de Merlin (1), qui nous semble avoir parfaitement résumé cette théorie, nous rappellerons en premier lieu les définitions que Renusson donne de la subrogation personnelle et réelle.

« Il y a subrogation de personne, d'après Renusson (2),

(1) *Répertoire Merlin*, V° *Subrogation de chose*.

(2) Renusson, *Traité de la subrogation*, n° 1 ; *Traité des propres*, chap. I, sect. X.

quand une personne est subrogée à une autre personne, quand l'une succède et entre au lieu et place de l'autre pour exercer ses droits et actions, c'est-à-dire ses droits personnels ou hypothécaires ou privilégiés. » A la subrogation de personne, Renusson oppose la subrogation réelle : « La subrogation de chose, dit-il, est quand une chose est subrogée à une autre, qu'elle prend sa place, et qu'elle est réputée avoir une même qualité que l'autre. »

« Cette définition, déclare l'auteur du *Répertoire*, annonce clairement que la subrogation de chose ne consiste jamais que dans une *fiction*, car on peut bien feindre qu'une chose est la même qu'une autre, mais on ne peut jamais réaliser cette identité. »

La subrogation réelle étant une fiction sera forcément de droit étroit ; en effet, dit toujours notre auteur : « Les fictions légales sont de droit étroit, elles ne peuvent être établies que par la loi ou par des conventions que la loi autorise, et ce principe s'applique dans toute son étendue ». Donc, en principe, la subrogation réelle n'aura lieu dans les titres particuliers qu'en présence d'un texte de loi formel, ou d'une convention licite des parties.

Au contraire « quand il s'agit d'universalités de biens ou de droits universels (d'après Renusson) (1), la subrogation se fait indistinctement, elle a toujours lieu de plein droit, elle est naturelle, et conforme au droit commun ». « Tous les jurisconsultes (Lebrun, Bartole et Jean Favre) enseignent que la subrogation a lieu de plein droit, dans les actions universelles » ; ce que l'on traduit dans le célèbre adage : *In judiciis universalibus pretium succedit loco rei et res succedit loco pretii.*

(1) Renusson, *Traité de la subrogation*, chap. I, n° 1.

Quant aux effets de la subrogation réelle, ils sont aisés à définir : « Il n'est rien de si rabattu, ajoute le *Répertoire* de Merlin, parmi les praticiens, que la maxime : *Subrogatum sapit naturam subrogati* ; toute chose subrogée à une autre en a la nature et les qualités juridiques. »

La théorie traditionnelle peut donc se ramener à un certain nombre de formules qui ont longtemps servi à résoudre toutes les difficultés de la matière : 1° La subrogation est une fiction, donc de droit étroit ; 2° elle a lieu de plein droit dans les universalités, en vertu du célèbre adage : *In judiciis universalibus*, elle ne se produit, au contraire, qu'à titre exceptionnel, pour des objets isolés ; 3° ses effets peuvent se résumer dans la maxime : *Subrogatum sapit naturam subrogati.*

Pour étudier — d'une façon très générale du reste (1) — les origines romaines et coutumières de notre institution, nous comptons examiner successivement ces trois propositions.

SECTION I. — **Droit romain et ancien droit.**

La subrogation est une fiction et par suite de droit étroit, tel est le principe proclamé par nos anciens auteurs (2).

(1) Nous n'avons pas l'intention d'épuiser le côté historique de la question. On trouvera sur ce sujet des développements très étendus, dans la thèse de Stora, et l'article de Flach, cités dans notre bibliographie. — Voir aussi la question des propres de succession traitée dans notre chapitre II de notre titre II. Nous avons placé ce chapitre à cet endroit, car cette question nous semble se lier étroitement à celle de l'affectation contractuelle ou légale qui forme l'objet de ce titre II.

(2) Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, au mot *Subrogation*,

« Toute subrogation est une fiction qui vient de la loi ou de la convention, — écrit Renusson dans son *Traité des propres* (1), — or toute fiction est de droit étroit qui ne s'étend point hors des cas exprimés par la loi ou par la convention, il faut regarder *quid expresse dictum, quid expresse conventum* ». Mais ce caractère fictif, qu'il reconnaît à notre institution, n'empêche pourtant pas notre auteur de valider la subrogation conventionnelle dont il nous donne un exemple (2) : le bien acquis en remploi d'un propre aliéné, avec déclaration expresse que ce bien est destiné à remplacer le premier prend la qualité de propre : « la subrogation dépend de la volonté, et la subrogation a lieu quand la volonté est certaine tant par le contrat de vente que par le contrat d'acquisition ». Voilà déjà un premier tempérament que Renusson apporte à son système trop absolu de la subrogation-fiction ; il en ajoute un second en décidant que la subrogation ne doit pas porter atteinte aux droits *des tierces personnes intéressées*.

Et c'est pourquoi Renusson (3) n'admet pas que la qualité de fief se transmette par la subrogation, car cette subrogation causerait un préjudice au seigneur dont le fief relève. « La véritable raison pour laquelle, dans l'échange, des héritages permutés conservent chacun leur ancienne qualité de fief, de roture, est qu'il y a *des tierces personnes intéressées*, il y a les seigneurs de fief de qui les héritages

nos 1 à 9, enseigne également que la subrogation est une fiction, et que par suite elle doit s'interpréter d'une façon étroite. La subrogation, dit-il (n° 5), « n'est jamais *complètement parfaite* dans l'échange, la chose subrogée n'acquiert point la qualité de fief, preuve que la subrogation est encore imparfaite ».

(1) Renusson, chap. I, sect. X, n° 2.

(2) *Ibid.*, n° 32.

(3) Renusson, *Traité des propres*, I, sect. X, n° 7.

sont mouvants, auxquels ceux qui contractent et qui font un échange ne peuvent faire préjudice ; et un héritage roturier ne peut devenir féodal sous prétexte qu'il aurait été changé avec un féodal ; il n'en est pas de même de la qualité de propre, laquelle n'intéresse que le possesseur et ses successeurs. »

Pothier (1) est entièrement d'accord avec Renusson sur le caractère fictif de la subrogation : « La subrogation, dit-il, est une fiction de droit par laquelle une chose que j'ai acquise à la place d'une autre que j'ai aliénée prend la qualité de la chose aliénée à la place de laquelle elle a été acquise et à laquelle elle est subrogée. »

Le *Répertoire* de Guyot-Merlin (2) considère également — nous l'avons vu — la subrogation réelle comme une fiction, seulement à un certain point de vue, il indique une opinion nouvelle en montrant le rapport qui existe entre la subrogation et les clauses d'indisponibilité ; dans la vente d'un propre de succession, l'auteur donne comme fondement à notre institution l'incapacité de disposer d'un bien : « Lorsque celui qui vend à toutes les qualités requises pour disposer, il n'y a pas de subrogation ; au contraire il y a subrogation si le vendeur n'est pas maître de ses droits et n'a pas la faculté de disposer. »

Et c'est parce qu'il considère que l'indisponibilité ne peut être étendue par les parties hors des cas stipulés par la loi « qu'un homme ne peut s'ôter la faculté de disposer d'un bien disponible de sa nature », que cet auteur n'admet pas, contrairement à l'opinion de Renusson, la subrogation

(1) *Traité de la communauté*, n° 197.
(2) Voir *Répertoire Merlin*, cité *suprà*, et titre II, § 2.

dans la vente avec remploi d'un propre de succession, lorsque cette vente a été faite par un majeur (1).

Seul, dans notre ancien droit, Lebrun (2) enseigne une opinion quelque peu différente, il donne comme fondement à la subrogation « *l'équité* » ; il faut, dit-il, qu'il y ait « *quelque justice à la subrogation* ». Lebrun illustre sa théorie par un certain nombre d'exemples. « Ainsi, quand on échange une maison propre contre un autre héritage, l'équité persuade la subrogation au profit de la famille. » « Si ma femme a son douaire sur un héritage et que je l'échange contre un autre, la plus commune opinion est qu'elle a le choix de prendre son douaire sur l'un ou sur l'autre, pourvu qu'elle y trouve son avantage ; car, toutes choses égales, on l'oblige de se contenter de la chose reçue en contre-échange .... par cette règle.... que toutes ces choses se jugent par *principe d'équité* ». L'hypothèque, au contraire ne passe point de l'immeuble aliéné sur lequel elle porte à l'immeuble reçu en contre-échange, car « la subrogation manque par le défaut de la première condition, qu'il y ait quelque juste raison qui la persuade ». D'où Lebrun conclut « que l'équité est la première condition de ces subrogations ». Ce n'est que dans une mesure très restreinte que cet auteur en admet le caractère fictif ; la seule subrogation qui pour lui se présente avec cet aspect, est la subrogation admise par l'article 290 de la Coutume du Maine (3) que Lebrun apprécie

(1) Sur cette question : voir *infrà*, notre chapitre II, titre II, § 2.

(2) Lebrun, *Traité des successions*, liv. II, chap. I, sect. I, n^os^ 64 et 65.

(3) D'après cet article 290, *Coutume du Maine* (*Coutume d'Anjou*, art. 273), lorsqu'un héritage roturier a été échangé avec un héritage féodal, il est partagé entre les héritiers comme s'il était féodal ; le bien acquis en échange d'un fief est ainsi traité comme fief dans la succession de l'aliénateur. — Voir à ce sujet Renusson, I, sect. X, n° 8.

ainsi : « Il faut pourtant être averti qu'il y a des coutumes où l'échange fait même la subrogation des qualités intrinsèques, par une espèce de fiction. » De ce texte, il semble résulter, par une sorte d'argument *à contrario,* que ce jurisconsulte ne considérait pas comme ayant un caractère fictif, la subrogation dans les qualités extrinsèques.

En faisant abstraction de cette opinion isolée, il est facile de résumer en formules brèves le système de nos anciens auteurs. La subrogation, enseignent-ils, est une fiction, donc de droit étroit. » On ne doit donc l'admettre qu'exceptionnellement dans les titres particuliers, en présence d'une décision certaine de la loi, ou d'une convention expresse ; pourtant, et en sens inverse, la subrogation a lieu de plein droit dans les universalités en vertu de l'adage *In judiciis universalibus...*, dont nous allons maintenant dégager les origines historiques.

§ 1. — De la maxime : « In judiciis universalibus ».

A. — *De la portée que lui ont donnée nos anciens auteurs.*

La maxime *In judiciis universalibus res succedit loco pretii et pretium loco rei*, a été développée par les glossateurs (surtout par Bartole) (1), ils prétendaient du reste tirer cette maxime de sources romaines qui sont le sénatus-consulte Juventien et la loi 70, § 3, *de legatis* (2).

Exposons tout d'abord leur système. Aux termes de la maxime *in judiciis*, la subrogation a lieu de plein droit dans les universalités, dont le type est le patrimoine héréditaire, qui est, par excellence, une *universitas* sanctionnée

(1) Bartole, Sur la loi 70, § 3. D. *de legatis.*
(2) Digeste, XXX, *De legatis*, loi 70, § 3.

par un *judicium universale* : la *petitio hereditatis*. Or les glossateurs considèrent que le sénatus-consulte Juventien a consacré la subrogation du prix à la chose et de la chose au prix dans la pétition d'hérédité ; une fois cette démonstration faite, ils prétendent étendre, en se basant sur un texte du Digeste (1), le sénatus-consulte Juventien et la subrogation qu'il consacre, d'après eux, aux autres universalités, comme le fidéicommis, le legs universel, d'une façon générale à tous les cas où une *universitas juris* est revendiquée par une *actio in rem universalis*.

a) Le sénatus-consulte Juventien consacre tout d'abord, dit-on, la subrogation dans la pétition d'hérédité, et on cite en ce sens un texte du jurisconsulte Paul et un passage du sénatus-consulte Juventien qui est ainsi conçu (2) : *In oratione divi Hadriani ita est : Dispicite, patres conscripti, nunquid sit æquius, possessorem non facere lucrum, et pretium quod ex aliena re perceperit, reddere, quia potest existimari in locum hereditoriæ rei venditæ, pretium ejus successisse, et quodammodo ipsum hereditarium factum.* Les termes de la maxime *in judiciis*, ont été très probablement empruntés à ce texte qui consacre, semble-t-il, de la façon la plus formelle, la *successio pretii loco rei.*

b) Pour étendre le sénatus consulte Juventien aux autres universalités, les glossateurs eurent recours à la loi 20, § 10, *de hered. pet.* dont voici le texte : *Non solum autem in hereditate utimur senatusconsulto sed et in peculio castrensi vel alia universitate* (3).

De ce texte, on tire l'argument suivant : le sénatus-

(1) Digeste, V, 3, *De hereditatis petitione*, loi 20, § 10.
(2) Digeste, *de hereditatis petitione*, loi 22.
(3) *Ibid.*, loi 20, § 10.

consulte Juventien ne s'applique pas seulement à l'hérédité, mais encore au *pecule castrense* et à toute universalité. La conclusion dernière en est que toute universalité doit être régie par la maxime *in judiciis*, que le sénatus-consulte consacre formellement.

c) Les glossateurs découvrent enfin une dernière application de la maxime *in judiciis* dans le fidéicommis *de residuo ou de eo quod supererit*. D'après les textes romains le fidéicommissaire peut réclamer au fiduciaire le prix des choses héréditaires vendues, et les choses acquises par lui en remploi du prix des biens héréditaires. Les textes qui consacrent cette subrogation sont les lois 70, § 3, 71 et 72. *De legatis* (1), qui sont ainsi rédigées : *Quum autem rogatus, quidquid ex hereditate supererit, post mortem suam restituere, de pretio rerum venditorum alias comparat, deminuisse quod vendidit non videtur* (Loi 70, § 3). *Sed quod inde comparatum est, vice permutati domini restituetur* (Loi 71). *Idem servandum erit, et si proprios creditores ex ea pecunia dimiserit : non enim absumitur quod in corpore patrimonii retinetur* (Loi 72).

Telle est la justification que les glossateurs ont prétendu donner de la maxime *in judiciis*, mais cette justification est généralement considérée par les historiens actuels (2), comme insuffisante. Le droit romain en cette matière est beaucoup trop complexe pour être réduit dans le seul adage *in judiciis*, et s'il admet parfois dans la pétition d'hérédité une sorte de subrogation, ce n'est que sous la

(1) Digeste, XXXI, *de legatis*, 70, § 3, 71 et 72.

(2) La maxime *in judiciis universalibus* a été contestée pour la première fois au point de vue de ses origines romaines dans le *Répertoire* de Merlin. Depuis elle a été critiquée par Flach, Stora, Aurenge (ouvrages cités), défendue seulement par MM. Aubry et Rau.

réserve de distinctions nombreuses que nous allons maintenant envisager.

B. — *De la maxime « in judiciis » au point de vue romain.*

1° Envisageons tout d'abord la question de la pétition d'hérédité : Dans le dernier état du droit, la pétition d'hérédité, *actio in rem universalis*, s'oppose à la revendication *actio in rem specialis* ; mais à l'origine ces deux actions sont très voisines, la pétition d'hérédité n'est pas autre chose que l'action en revendication appliquée à l'hérédité (1).

Au point de vue de leur procédure, ces deux actions ont suivi une marche parallèle et se sont exercées successivement *per sponsionem* et *per formulam petitoriam*. Comme la revendication, la pétition d'hérédité peut se heurter à l'*usucapio* (*usucapio pro herede*, qui protège même le possesseur de mauvaise foi) ; comme elle, elle n'est pas possible contre celui qui a cessé de posséder. Les biens héréditaires vendus sont pratiquement perdus pour l'héritier ; dans ce cas celui-ci ne peut obtenir ni le prix, ni les biens acquis en remploi de la chose aliénée ; pour poursuivre les tiers détenteurs des biens vendus, il doit user d'une voie longue et détournée ; dans une première instance faire reconnaître son titre d'héritier à l'encontre du possesseur *pro herede*, et alors, — sans crainte d'être repoussé désormais par l'exception : *Quod præjudicium hereditati non fiat*, — intenter contre les tiers une série de revendications spéciales.

(1) Voir sur cette question : Girard, *Manuel de droit romain*, p. 897, *in fine*, et 898. — Voir surtout, p. 897, note 5, et 898, note 3 : la question de la *vindicatio gregis*, où l'on revendique non pas une universalité de droit comme l'hérédité, mais au contraire une universalité de fait.

Au début, la pétition d'hérédité était donc soumise aux mêmes règles que la revendication ; mais dès le début de l'Empire, l'*hereditatis petitio* entre dans une phase nouvelle. On considère le possesseur de l'hérédité comme une sorte d'administrateur comptable, non seulement des choses héréditaires qu'il a encore, mais de l'hérédité même dont il a assumé la charge, telle qu'elle serait s'il l'avait bien administrée (1). L'héritier apparent doit au véritable héritier le profit de ses opérations régulières et le préjudice causé par ses opérations irrégulières (2), et par application de cette règle, on décide qu'il doit restituer le prix des choses aliénées dans l'intérêt de l'hérédité et la valeur de celles qu'il a aliénées dans son intérêt propre.

A la suite d'un sénatus-consulte sur la rescision de l'*usucapio pro herede*, le sénatus-consulte Juventien (3) vient faire une distinction — qui jusque-là était impossible — entre le possesseur de bonne foi tenu seulement de rendre son enrichissement et le possesseur de mauvaise foi, tenu de rendre tout ce qui manque à l'héritier (4).

Voyons si la maxime *in judiciis* est exacte sous l'empire de ce sénatus-consulte Juventien ?

α) Peut-on tout d'abord justifier la première partie de la règle *pretium succedit loco rei* ? Sans doute le possesseur de bonne foi étant tenu de tout son enrichissement devra restituer le prix des choses héréditaires par lui vendues ; cette solution est établie d'une façon indiscutable par les

(1) Girard, *Manuel de droit romain*, p. 901.

(2) *Ibid.*, p. 901.

(3) Sénatus-consulte Juventien, du nom du consul Juventius Celtus, rendu sous le règne d'Hadrien en l'an 129 après Jésus-Christ.

(4) Girard, p. 898.

textes du Digeste (1) ; mais le possesseur de mauvaise foi étant tenu de tout ce qui manque à l'hérédité, il ne doit pas seulement l'intégralité du prix, mais il est tenu *tantum quantum in litem sit juratum* (2). De plus, il faut ajouter que l'héritier conserve le droit de revendiquer la chose contre le tiers acquéreur, son droit de revendication n'est paralysé que dans deux cas : 1° quand le possesseur est de bonne foi et que le tiers actionné par l'héritier aurait un recours contre son vendeur (3) ; 2° quand la vente ne peut préjudicier à l'hérédité ou même est faite dans son intérêt (4).

On voit donc que la première partie de la maxime n'est exacte que réserve faite du droit de revendication de l'héritier, et en tenant compte toujours de la distinction fondamentale du possesseur de bonne et de mauvaise foi.

β) La seconde règle, *res succedit loco pretii*, est-elle plus justifiée ? Ici c'est la distinction inverse qui s'impose. Le possesseur de mauvaise foi étant tenu de tout ce qui manque à l'hérédité pourra être contraint de restituer ou la valeur des choses aliénées ou les choses par lui acquises au moyen de deniers héréditaires (5). Le possesseur de bonne foi n'étant tenu que dans la mesure de son enrichissement

(1) Digeste, V, 3, *de hereditatis petitione*, loi 16, § 1, 2 et 5 ; loi 20, §§ 6, 17 et 21.

(2) *Ibid.*, loi 20, § 21.

(3) *Ibid.*, loi 25, § 17. — La loi 25, § 17 est ainsi conçue : *puto posse res vindicari nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent.* Ce texte est du reste discuté ; car il enlève presque toujours à l'héritier la revendication, à moins que la vente ne soit faite sans garantie. Aussi traduit-on parfois le mot *nisi* par l'expression *sauf que*, et non pas *à moins que*. — *Sic* : Girard, *Manuel*, p. 903, note 2.

(4) Digeste, *de hereditatis petitione*, loi 5.

(5) *Ibid.*, loi 25, § 1.

devra, selon les cas, le prix des choses aliénées, ou la valeur des choses achetées, mais non les choses elles-mêmes (1). Toutefois, les jurisconsultes romains ne donnaient cette dernière solution que lorsque l'héritier apparent avait acquis pour son propre compte, il gardait alors la chose *quam in patrimonium suum convertit* (2) ; si, au contraire, il avait acheté pour le compte de l'hérédité, il devait restituer ses acquisitions à l'héritier véritable.

Il résulte de cette étude que la maxime *in judiciis* est trop absolue, et qu'elle n'est vraie sous l'empire du sénatus-consulte Juventien que réserve faite de deux distinctions opposées entre les possesseurs de bonne et mauvaise foi. 2° Son extension à toutes les autres actions réelles générales nous paraît encore beaucoup plus critiquable. Cette extension, on s'en souvient, repose sur la loi 20, § 10, *De hered. pet.*, que nous avons déjà citée, mais dont nous croyons utile de rappeler le texte : *Non solum autem in hereditate utimur senatus-consulto, sed et in peculio castrensi vel alia universitate.*

On admet que toutes les universalités peuvent donner lieu à une action *in rem universalis* analogue à l'*hereditatis petitio* ; mais cette opinion ne semble pas entièrement conforme à la théorie romaine, qui n'a probablement jamais reconnu que l'existence d'une seule action réelle générale : la pétition d'hérédité.

α) La *donation universelle* est celle qui a pour objet tout ou partie du patrimoine du donateur, mais cette donation

(1) Digeste, même passage : *Item, si rem distraxit et ex pretio aliam rem comparavit, veniet pretium in petitionem hereditatis, non res quam in patrimonium suum convertit.*

(2) Digeste, *de hereditatis petitione*, loi 20.

n'est pas sanctionnée par une action *in rem universalis* permettant au donataire de réclamer en bloc l'ensemble des biens donnés ; cette donation n'engendre pas une succession *per universitatem*, elle exige autant de traditions qu'il y a d'objets corporels, et chaque créance doit faire ainsi l'objet d'une transmission spéciale.

β) Le *pécule castrense* recueilli *jure peculii*, par le *paterfamilias*, ne donne pas naissance non plus à une action *in rem generalis* analogue à la *vindicatio hereditatis*. La loi romaine refuse pour le pécule une action universelle de ce genre : *Vindicatio non peculii recepta est ; sed res singulas is cui legatum est petet* (1).

Mais alors comment expliquer la loi 20, § 10, qui semble formellement étendre au pécule les solutions données pour l'hérédité par le sénatus-consulte Juventien ? Ce texte est assez facilement explicable si l'on vent bien se rappeler que la transmission du pécule *castrense* avait lieu de deux manières : tout d'abord si le fils de famille ne léguait son pécule à personne le *pater* le recueillait *jure peculii*, et alors son droit n'était pas sanctionné par une action *in rem universalis*, il ne pouvait que revendiquer individuellement les biens qui constituaient le pécule ; à une certaine époque on a admis pour le fils de famille le droit de tester relativement à son pécule *castrense* ; seulement au temps du jurisconsulte Paul on doutait encore si la personne qui recueillait ainsi *jure hereditario* le pécule était un véritable héritier et si elle avait l'*hereditatis petitio* ?

Paul accorde l'*hereditatis petitio* à l'héritier du fils en nous avertissant toutefois que ce n'est là qu'une opinion personnelle (2). Et Ulpien (3) nous apprend dans cette

(1) Digeste, VI, 1, *de Rei vindicatione*, loi 56.

(2) Paul, Digeste, *de Hered. petitione*, loi 34. *Filiifamilias militis puto peti posse hereditatem ex testamento nobis obvenientem.*

(3) Ulpien, loi, *de Hered. petitione*, 20, § 10.

fameuse loi 20, § 10, que la pratique s'est fixée en ce sens. Donc désormais l'individu qui recueille un pécule *jure hereditario* a droit à une *action in rem universalis* : la pétition d'hérédité.

7) Pas plus que la donation universelle ou le pécule, *la dot* ne donne naissance à un *judicium universale*. Dans aucun cas la constitution de dot n'opère au profit du mari une transmission à titre universel. Il faut qu'il intervienne entre le mari et la femme autant d'actes juridiques qu'il y a de biens déterminés et que chacun de ces actes soit approprié à la nature du bien qu'il s'agit de faire passer dans le patrimoine du mari à titre de dot (1) ; les biens corporels par exemple seront transmis au mari par mancipation ou par tradition.

Donc quels que soient le contenu de la dot et son mode de constitution le mari n'est qu'un successeur à titre particulier, il n'a pas d'action universelle contre le constituant pour l'obliger à exécuter. Inversement la femme qui reprend sa dot n'a pas une action *in rem universalis* ; selon les principes romains, elle ne recouvre ses biens dotaux que par des actes juridiques analogues à ceux qui ont servi à les faire entrer dans le patrimoine du mari (jusqu'à Justinien, par une remancipation, une retradition, une *retro in jure cessio*) ; l'action en restitution qui est accordée à la femme, *actio rei uxoriæ* ou *actio ex stipulatu*, n'est pas une *actio generalis*.

A la suite de cette étude nous arrivons à une double conclusion : 1° les Romains n'ont connu qu'une seule action réelle générale, la pétition d'hérédité, et c'est à cette seule

(1) Voir Girard, *Manuel*, p. 948 et 949. Voir Ulpien, Reg. 6, 2 et Frag. Vat., § 263.

action que s'applique la maxime *in judiciis* ; 2° mais même en ce qui concerne cette seule action, les termes de la maxime *in judiciis* sont encore trop absolus, car les Romains nous l'avons vu, n'admettaient la subrogation dans la pétition d'hérédité que sous réserve d'une double distinction entre les possesseurs de bonne et de mauvaise foi.

Nous terminerons enfin ce paragraphe par une observation générale : lorsqu'on parle de subrogation réelle, dans le droit romain, on attribue certainement aux jurisconsultes de cette époque une notion qui est complètement étrangère à leur technique (1) : ces jurisconsultes arrivaient en effet à expliquer par l'idée d'enrichissement ou par d'autres idées équivalentes ce résultat que nous justifions aujourd'hui par l'idée d'une subrogation (2).

C. — *De la signification exacte de la maxime « in judiciis ».*

« Quelle que soit l'opinion que l'on se forme au point de vue du droit romain, écrivent M. Aubry et Rau (3), la règle (*in judiciis*) n'en doit pas moins être considérée comme justifiée en théorie et comme constante d'après la tradition. »

(1) Le mot de subrogation réelle ne se trouve pas dans les textes romains, on le chercherait en vain dans le titre 4-17 des *regulis juris* du Digeste.

(2) On trouve une application de cette idée dans les textes romains (loi 70 *de legatis*) qui visent le fidéicommis *de residuo*. Les décisions données par ces textes peuvent certainement s'expliquer à notre point de vue moderne par l'idée de subrogation réelle, mais il est probable que les Romains sont arrivés à consacrer ce résultat simplement par une analyse exacte du fidéicommis *de residuo*, et une application judicieuse de leur théorie de l'enrichissement sans cause. Voir en ce sens : Guyot Merlin, *Répertoire*, V° *Subrogation dans les titres universels*.

(3) Aubry et Rau, § 575, note 4 *in fine*.

C'est qu'en effet il ne suffit pas pour rejeter la maxime *in judiciis* d'établir, comme nous l'avons fait, qu'elle ne reflète qu'assez imparfaitement les idées romaines, il faut encore rechercher si on ne peut lui découvrir actuellement un fondement rationnel ; c'est une question que nous aurons à reprendre plus loin ; mais dès maintenant il nous semble possible de préciser la signification historique véritable de la maxime *in judiciis*.

Pour nous, cet adage consacre une distinction très naturelle entre deux sortes d'actions réelles, l'action réelle spéciale ou action en revendication, et l'action réelle générale dont le type est « la pétition d'hérédité ». A Rome, nous avons vu ces deux actions à l'origine confondues (1) se séparer nettement l'une de l'autre ; c'est qu'en effet leur domaine est très différent : alors que la revendication a simplement pour objet une ou plusieurs choses corporelles, la pétition d'hérédité porte sur un tout complexe, sur un patrimoine vivant (2) en état de transformation perpétuelle. Cette différence d'objet engendre une différence d'effets : par la revendication, on ne peut réclamer qu'une chose qui se trouve encore en la possession du tiers détenteur (3), l'action échoue forcément lorsque le possesseur a aliéné la chose.

La subrogation réelle est complètement étrangère à l'action en revendication, dont la portée ne saurait être étendue arbitrairement de la chose vendue au prix de l'aliénation ou aux biens acquis en remploi. Au contraire la pétition

(1) Gaius, IV, 17 ; Girard, *Manuel*, p. 897, *in fine* et 898.

(2) Girard, *Manuel*, p. 899.

(3) Girard, *Manuel*, p. 399 et 400 ; par exception on admet la revendication contre celui qui a cessé de posséder par dol.

d'hérédité a un domaine plus large, puisqu'elle comprend non seulement les choses héréditaires mais encore toutes les valeurs qui en ont remplacé d'autres dans le patrimoine héréditaire (1), les biens acquis avec les profits de la succession ou avec des deniers héréditaires, l'argent résultant de la vente de biens de la succession selon les distinctions que nous avons exposées. La pétition d'hérédité comporte donc la possibilité de la subrogation, qui reste étrangère à l'action en revendication, et c'est ce contraste profond entre ces deux sortes d'actions réelles que les deux adages contraires *in judiciis* et *in singularibus* ont pour but de nous faire apercevoir.

Ces deux adages ne déterminent que les effets des différentes actions réelles, c'est-à-dire des actions tendant à la restitution d'un bien isolé ou d'un ensemble de biens ; ils ne doivent pas être appliqués aux hypothèses où il s'agit de fixer la condition juridique d'un bien à l'encontre de certaines personnes ; ces questions, très différentes, et où la subrogation s'explique par une idée d'affectation, sont complètement en dehors du champ de notre maxime traditionnelle. Pourtant, c'est une confusion qu'ont faite presque tous les auteurs (2) qui se sont occupés de la question. Ils commencent par établir l'adage *in judiciis* en montrant qu'il s'applique à la pétition d'hérédité, et d'une façon générale à toutes les actions en restitution d'une universalité, puis ils en déduisent l'adage contraire *in singularibus judiciis, res non succedit loco pretii, nec pretium loco rei.*

(1) Girard, *Manuel*, p. 899, texte, surtout note 2.

(2) Confusion surtout très visible dans Aubry et Rau, § 575, qui donnent tantôt au mot *judicium universale* le sens d'action, tantôt celui d'universalité. — Voir aussi sur cette question, notre titre III.

Mais au lieu de décider logiquement que ce dernier adage a pour but de fixer la portée de la revendication, on l'étend arbitrairement à tous les cas où il s'agit de régler la condition juridique de biens isolés, de déterminer par exemple les cas où un bien prendra les qualités de propre de succession ou de propre de communauté. Il y a là, croyons-nous, une confusion dangereuse, les adages *in judiciis universalibus* et *singularibus* ne déterminant que les conditions de la subrogation dans les hypothèses de restitution de biens, et en dehors de ces cas, ces maximes étant complètement inopérantes.

C'est faire un véritable contre-sens, aussi bien grammatical qu'historique, que de traduire les mots *in judiciis universalibus* et *in judiciis singularibus* par les expressions modernes d'universalités ou de titres universels, de biens isolés ou de titres particuliers, alors que ces mots désignent dans la technique romaine les *actions* (1). C'est ainsi qu'en restituant à ce mot *judicium* son sens véritable on découvre le rôle vrai de l'adage étudié, *cet adage signifiant que la subrogation est possible et a parfois lieu dans* l'actio generalis (*pétition d'hérédité*) *mais jamais dans la revendication* (2).

§ 2. — De la maxime « subrogatum sapit naturam subrogati ».

La maxime *in judiciis* avait pour objectif de fixer les cas où se produisait la subrogation, l'adage *subrogatum sapit naturam subrogati* aura pour but d'en déterminer les effets. Cet adage est, pour ainsi dire, traduit et reproduit par Renusson (3) dans sa définition de la subrogation réelle : « La

(1 et 2) Voir cette idée indiquée par Planiol, note Dalloz, 1902.1.33.
(3) Renusson, chap. 1, sect. 10, n° 2.

subrogation de chose, est quand une chose est subrogée à une autre, qu'elle prend sa place, et qu'elle est réputée avoir une même qualité que l'autre. »

Le bien subrogé à un autre, nous dit l'article 94 de la Coutume de Paris, « est censé de même nature et qualité » que celui qu'il remplace.

Denisart (1) reproduit la même formule tout en cherchant à atténuer ce qu'elle a d'exagéré. « Une chose, dit-il, est subrogée à une autre lorsqu'elle en tient lieu, et qu'elle est considérée, à certains égards, comme étant de la même nature que celle à laquelle elle est subrogée. » Donc, la subrogation réelle a pour but de transporter sur un bien les qualités juridiques appartenant à un autre bien, et c'est ce résultat qu'exprime l'adage étudié.

Mais quelles qualités juridiques peuvent ainsi se transmettre par la subrogation? C'est un point que nos anciens auteurs ne sont jamais arrivés à mettre bien en lumière.

Pour exposer leur système, étudions successivement avec eux les effets de la subrogation dans les titres universels et dans les titres particuliers.

A) Lorsqu'une chose doit dans *une universalité* (hérédité ou fidéicommis universel) être restituée à la place d'une autre, on peut dire qu'elle revêt comme elle la qualité de *res universitatis*, elle devient à sa place *res hereditaria*, ou *res fidei commissaria*.

Aussi exprime-t-on ce résultat en réunissant en une seule formule les deux adages étudiés : *in judiciis universalibus*, écrit Renusson (2), *subrogatum sapit naturam subrogati*.

(1) Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, V° *Subrogation*, n° 3. Sur l'opinion de Denisart en matière de subrogation, voir *infrà* en note.

(2) Renusson, *Traité de la subrogation*, n° 2.

Mais cette maxime, trop absolue, devait conduire à de singulières confusions : nos anciens auteurs en sont arrivés, en effet, à considérer que la subrogation pouvait, dans ces hypothèses, transmettre même les qualités particulières des choses, alors qu'elle avait évidemment simplement pour but de fixer une question de restitution. C'est ainsi que presque tous nos anciens auteurs admettent plus facilement la subrogation dans les propres de succession lorsqu'ils se trouvent en présence d'une universalité, que lorsqu'il s'agit de biens isolés, et pourtant cette subrogation dans les propres de succession est, comme nous le verrons, complètement indépendante de la notion d'universalité, et commandée uniquement par l'affectation des propres aux besoins de la famille. Nous n'insisterons pas plus sur cette confusion, dont les recueils de notre ancienne jurisprudence ont conservé plus d'une trace (1).

B) Passons à la subrogation, dans les *titres particuliers*. C'est ici qu'est la grosse difficulté ; l'adage *subrogatum sapit naturam subrogati* s'applique encore à cette hypothèse (2). Mais à lui seul il ne saurait fournir la solution de la question.

Est-ce que la subrogation a pour but de transférer au

(1) Voir cette confusion mise en lumière par Stora dans sa thèse, p. 33. Voir surtout : Renusson, *Traité des propres*, I, sect. 10, n° 30 ; D'Argentré, cité par Renusson, *ibid.*, n° 28 ; Lebrun, *Traité des successions*, liv. 2, chap. I, sect. 1, n^{os} 71 et 78.

(2) Cela résulte d'un passage de Renusson (*Traité des propres*, IX, n° 3) : « L'adage *subrogatum sapit naturam subrogati* a seulement son effet *in iis quæ expresse dicta sunt aut conventa*, si ce n'est *in judiciis universalibus : petitione hereditatis, fideicommissis.* » De ce texte, il résulte que la maxime *subrogatum* détermine les effets de la subrogation dans les titres universels, et aussi dans les titres particuliers lorsqu'elle a lieu, soit en vertu de la loi, soit par suite d'une convention.

nouveau bien toutes les qualités juridiques, appartenant à l'ancien, comme les qualités de meuble ou d'immeuble, de fief ou de roture ? ou simplement certaines de ses qualités : les qualités de propre de succession, ou de propre de communauté ? Voilà le problème à résoudre : voyons comment nos anciens auteurs y sont arrivés ?

a) Nos anciens auteurs font reposer tout eur système sur une distinction fameuse, qu'ils empruntent à Dumoulin (1), entre les qualités intrinsèques et extrinsèques des choses, les premières étant les qualités réelles, naturelles et primordiales des choses, les autres étant purement accidentelles et fortuites.

Presque tous nos anciens auteurs sont d'accord pour reconnaître que la qualité de meuble ou d'immeuble est une qualité intrinsèque, qu'au contraire la qualité de propre est une qualité extrinsèque, mais ils discutent âprement sur la nature véritable de la qualité de fief. Dumoulin, lui-même, admettait que cette qualité était intrinsèque ; Renusson (2) critique cette distinction : pour lui, les qualités de fief, de roture, de propre, sont toutes qualités également accidentelles et extrinsèques à l'héritage. La même opinion est soutenue par Brodeau sur Louet (3) qui considère la qualité de bien féodal comme *accidentalis* et *extrinseca*.

Mais il semble bien que ce n'est pas l'opinion qui a

(1) Passage de Dumoulin sur l'article 30 de la Coutume d'Amiens, cité par Renusson et par Lebrun, auquel on emprunte cette distinction : *Scilicet respectu qualitatum antiqui vel novi prædii, respectu acquirentium, sed non respectu qualitatum intrinsecarum vel realium ipsius fundi, quia de feudali non sit censuale.* Dumoulin considère donc la qualité de fief comme intrinsèque à l'héritage.

(2) Renusson, *Traité des propres*, I-X, n° 6.

(3) *Recueil* Louet-Brodeau, des arrêts du Parlement de Paris. Lettre S, Som. X.

triomphé (1). Lebrun (2) et Pothier, les deux plus hautes autorités de notre ancien droit, citent comme intrinsèque la qualité de bien féodal D'après l'opinion de Pothier (3), qui semble clore la discussion, les qualités intrinsèques sont les qualités de meuble ou d'immeuble, d'héritage féodal ou censuel, les qualités extrinsèques celles de propre de succession ou de propre de communauté.

β) Ayant ainsi précisé les qualités intrinsèques des choses, il nous reste à déterminer celles que la subrogation pourra transmettre.

Après Dumoulin, on a parfois soutenu que la subrogation ne serait possible que pour les qualités intrinsèques et que les qualités extrinsèques n'admettraient pas la subrogation.

C'est l'opinion « quelque peu fantaisiste » (4) de Brodeau, qui range dans les qualités intrinsèques, susceptibles de se transmettre par voie de subrogation, les qualités de meuble ou d'immeuble, de conquêt ou de propre, qui déclare au contraire, comme nous l'avons déjà dit, que la qualité de bien féodal est extrinsèque.

Mais ce système, plutôt étrange et bizarre, n'a pas été adopté dans notre ancien droit ; ici encore ce sont les opinions de Lebrun et de Pothier qui font autorité, et ils sont d'accord pour ne permettre que la subrogation des qualités

(1) Lebrun, *Traité des successions*, liv. II, chap. 1, sect. 1, n° 69.

(2) Pothier, *Traité de la communauté*, n° 197.

(3) Duplessis, qui n'admet, semble-t-il, la subrogation que pour les qualités extrinsèques, paraît considérer la qualité de fief comme intrinsèque. *Traité des censives*, liv. II, titre II, sect. 2.

(4) Stora, thèse, p. 44 ; il considère très justement, selon nous, cette théorie comme une opinion isolée. Demogue, au contraire, semble considérer ce système comme étant le système général de notre ancien droit ; Demogue, ouvrage cité, p. 6.

extrinsèques. C'est ainsi que Lebrun (1) considère comme ayant un caractère fictif et anormal la Coutume du Maine (art. 290) (2), qui (nous l'avons vu) admet dans une certaine mesure « qu'une qualité intrinsèque », la qualité de bien féodal, puisse se transmettre par la subrogation.

γ) Nous pouvons maintenant, à la fin de notre ancien droit, pour résumer toutes les idées déjà exposées dans ce paragraphe et dans le paragraphe précédent, indiquer d'après Lebrun et Pothier les conditions de la subrogation réelle. Voici tout d'abord le système de Lebrun (3). La subrogation aura lieu dans l'échange : « 1° Quand il y a quelque *justice à la subrogation* ; 2° que d'ailleurs la chose reçue en échange est susceptible des mêmes qualités que la chose donnée et 3° que ces qualités peuvent aisément passer d'un sujet à un autre ».

Cette théorie a été reprise et précisée par Pothier (4). Pour que la subrogation ait lieu, trois conditions sont nécessaires, d'après lui : « 1° Il faut que ce soit une qualité extrinsèque, telle qu'est la qualité de propre, car il est évident que les qualités intrinsèques des choses ne peuvent passer d'une

(1) Lebrun, *Traité des successions*, II, 1, 1, n° 69.

(2) Sur la Coutume du Maine (art. 290), voir note 3, p. 28 de notre travail.

(3) Lebrun, *ibid.*, n° 64 ; Denisart, au mot *Subrogation*, n° 5, n'admet pas également que la qualité de fief se transmette par subrogation. — Le lecteur nous pardonnera d'être revenu à la fin de ce paragraphe sur les conditions de la subrogation, alors qu'il s'agit là principalement de ses effets. C'est que sur ce point nous avons cru devoir reproduire dans toute son unité la théorie de nos anciens auteurs, qui mélangeaient à la fois et les effets et les conditions de la subrogation.

(4) Pothier, *Traité des propres*, sect. II, § 1. Des propres de subrogation (ou fictifs).

chose à une autre ; 2° il faut que la chose à laquelle on veut faire passer la qualité d'une autre, soit susceptible de cette qualité (c'est ainsi que les meubles peuvent bien prendre le caractère de propre de communauté, mais non pas celui de propre de succession) ».

Pothier énonce enfin une troisième règle qui n'est qu'un corollaire de la précédente, et qui ne s'applique par suite qu'aux propres de succession et non aux propres de communauté : « il faut que la chose en laquelle on veut faire passer la qualité d'une autre ait été acquise immédiatement à la place de cette chose et en tienne lieu ». Et c'est pourquoi la subrogation, d'après lui, est possible dans l'échange d'un propre de succession et non pas dans la vente avec remploi.

C) La conclusion de cette étude sera — qu'abstraction faite des confusions de nos anciens auteurs — la maxime *subrogatum* devrait avoir les significations suivantes : 1° Dans les titres universels, lorsqu'une chose doit être restituée à la place d'une autre, elle prend comme elle la qualité de *res universitatis*, elle fait comme elle partie du patrimoine, dont elle subit le sort, et c'est ce simple résultat qu'exprime l'adage étudié. 2° Dans les titres particuliers, au contraire, les effets de la subrogation sont plus complexes ; la subrogation ayant pour but de transmettre à un bien les qualités qui peuvent se transporter d'une chose à une autre, c'est-à-dire les qualités extrinsèques. L'adage *subrogatum* signifie alors qu'au cas de subrogation le nouveau bien revêt simplement les qualités juridiques extrinsèques qui appartenaient au bien aliéné.

L'adage *subrogatum*, comme la maxime *in judiciis* sont par suite des règles d'une portée trop absolue, qui, pour être bien comprises, avaient besoin d'être rapprochées des textes

et des décisions d'espèces qu'elles ont pour but de généraliser.

§ 3. — L'ancien droit et l'interprétation large.

Nos anciens auteurs, nous l'avons montré, sont d'accord pour affirmer que le caractère fictif de la subrogation en commande une interprétation étroite ; mais nous allons voir qu'en passant de la théorie à la pratique, ces jurisconsultes ont fait bon marché de leurs idées et de leurs systèmes. Ils ont interprété dans un esprit extrêmement large la théorie de la subrogation, soit dans la matière des propres de communauté, qui est par excellence le domaine de l'autonomie des volontés, soit même dans la matière des propres de succession qui pourtant semble dépendre, comme toutes les questions de ce genre, de la seule autorité du législateur.

Nos anciens auteurs interprètent largement les textes qui consacrent la subrogation ; ils les étendent sans difficulté aux coutumes muettes ; ils valident même la subrogation conventionnelle, en dehors de tout texte légal.

I. *Subrogation dans les propres de communauté.* — La théorie de la subrogation dans les propres de communauté s'est formée tout entière en dehors des textes de la Coutume, elle est l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence, et non pas du législateur.

Et si Pothier proclame que la subrogation est une fiction, de droit étroit, cela ne l'empêche pourtant pas d'admettre une règle aussi générale que possible : Tout bien, meuble ou immeuble substitué à un propre de communauté est propre de communauté ; du moins, c'est ainsi que nous croyons que l'on peut résumer la doctrine qu'il nous expose dans deux passages de son *Traité de la communauté.*

« Les héritages et autres immeubles, écrit-il (1), sont propres de communauté, par la fiction de la subrogation, lorsqu'ils ont été acquis à la place d'un propre de communauté et pour en tenir lieu. » Plus loin, il complète cette règle par une autre (2) : « Les choses mobilières qui sont substituées, durant la communauté, à quelque propre de communauté de l'un des conjoints, sont pareillement des propres de communauté de ce conjoint. »

II. *Subrogation dans les propres de succession.* — En matière de propres de succession, comme nous le montrerons plus loin (3), deux textes seulement prévoyaient la subrogation : l'article 143 de la Coutume de Paris l'admettait expressément au cas d'échange, l'article 137 la consacrait implicitement dans le bail à rente irrachetable qu'il ne soumettait pas au retrait lignager.

Or nos anciens auteurs ne limitèrent pas la subrogation à ces deux seules hypothèses, ils l'admirent chaque fois qu'un immeuble venait remplacer pour une cause quelconque un propre de succession, sous la seule restriction qu'entre les deux immeubles ne se trouvât pas une valeur mobilière (4). C'est ainsi que nos anciens auteurs ont admis la subrogation en cas d'échange d'un propre contre une rente constituée, dans le bail à rente rachetable, qui est pourtant comme la vente soumis au retrait. Et nous avons déjà vu que Renusson (5) — beaucoup plus hardi que ses contem-

(1) Pothier, *Traité de la communauté* n° 197.

(2) *Ibid.*, n° 99.

(3) Voir au titre II, chap. II, notre étude de la subrogation dans les *propres de succession*. Nous la plaçons à cet endroit, car nous croyons qu'on peut expliquer cette théorie par l'idée d'affectation qui fait l'objet de ce titre deuxième.

(4) Aurenge, thèse, p. 54 ; Stora, thèse, p. 236.

(5) Renusson, *Traité des propres*, chap. I, sect. X, n° 32.

porains — soutenait que la vente avec remploi devait entraîner la subrogation, car, disait-il, en cette matière tout dépend de la volonté des particuliers. Son opinion, il est vrai, n'a pas triomphé ; nos anciens auteurs s'étaient laissé arrêter par des objections d'ordre théorique (1) dont la Coutume de Paris, dans son article 94 (2), n'a du reste guère tenu compte.

Cette interprétation large, très naturelle lorsque l'on considère la subrogation comme la garantie des intérêts de la famille auxquels les propres sont affectés, semble au contraire bien difficilement conciliable avec le système et les tendances de l'époque.

III. *Subrogation dans les biens soumis au douaire.* — « Le douaire, nous dit Pothier (3), consiste, dans la plupart des coutumes, dans l'usufruit que la coutume accorde aux femmes d'une certaine portion de certains biens de leurs défunts maris. »

Du moins, telle est la solution admise à la fin de notre ancien droit où le douaire, qui consistait à l'origine dans une véritable propriété, s'est transformé, sous l'influence des idées romaines, en un simple droit de jouissance ou d'usufruit (4). Mais même ainsi compris, le douaire n'en est pas moins une grande gêne pour le mari, les immeubles sujets au douaire et par lui aliénés continuent d'être grevés de ce

(1) L'objection (qui est celle de Pothier) est la suivante : On considère que le prix, au cas de vente avec remploi, étant une chose mobilière ne peut ni prendre le caractère de propre de succession, ni par suite transmettre cette qualité au bien ainsi acquis.

(2) L'article 94 de la Coutume de Paris admet la subrogation dans la vente avec remploi de propres appartenant à des mineurs. Il est vrai que l'on interprète ce texte d'une façon très étroite.

(3) Pothier, *Traité du Douaire*, 1re partie, chap. 2, sect. 1.

(4) Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé*, p. 744.

droit même entre les mains des tiers acquéreurs (1). Aussi lorsque le mari aliénait un de ses immeubles, la femme intervenait-elle généralement pour renoncer à son douaire tout comme elle intervient encore aujourd'hui pour renoncer à son hypothèque légale. Les époux convenaient alors de transporter le douaire soit sur le bien acquis en remploi, soit sur un autre bien du mari. Nos anciens auteurs admettaient parfaitement la validité d'une telle opération qui constituait pourtant une subrogation purement conventionnelle. Mais certains d'entre eux en sont même arrivés à présumer dans tous les cas une telle subrogation ; dans le silence de la femme, enseignent-ils (2), « les héritages que le mari a aliénés ne continuent d'être sujets au douaire que subsidiairement, dans le cas auquel la femme ne trouverait pas dans les biens sujets au douaire qui sont restés dans la succession de son mari, de quoi lui fournir la portion qui lui appartient pour son douaire. »

Nos anciens auteurs admettent donc, qu'au cas d'aliénation, le douaire se transporte ainsi de plein droit, des choses aliénées sur les autres biens du mari ; nous sommes bien loin du fameux principe de l'interprétation étroite de la subrogation-fiction (3) !

(1) *Sic* : Art. 119, Coutume du Grand-Perche qui forme le droit commun coutumier d'après Pothier : « Si le mari sans le consentement de sa femme vend son héritage sujet au douaire, en tout ou en partie, la femme peut après le décès de son mari demander son douaire à l'acheteur. »

(2) Pothier, *Traité du Douaire*, n° 87. Même opinion adoptée par Lebrun et Renusson.

(3) Il est très facile au contraire de rendre compte de ces solutions en partant des idées d'affectation et d'inaliénabilité qui en sont la conséquence. A l'origine, le douaire étant un véritable droit de propriété de la femme, les biens du mari qui en sont grevés sont com-

IV. — Une réaction contre le système de l'interprétation large se fait pourtant jour à la fin de notre ancien droit ; au nom des principes mêmes qu'il entend respecter l'auteur du *Répertoire de Guyot* (1) nous propose une interprétation très étroite de la subrogation. L'auteur n'admet pas tout d'abord de subrogation dans les titres universels, cette subrogation lui semblant contredite par les textes romains. Il considère comme ayant un caractère exceptionnel la subrogation dans l'échange d'un propre de succession, et, par suite, il se refuse énergiquement à étendre l'article 143 de la Coutume de Paris aux coutumes muettes.

Il n'admet pas — comme Renusson — la subrogation dans la vente avec remploi ; il ne reconnaît de subrogation possible que lorsque la vente a été faite par un mineur dans les conditions de l'article 94 de la Coutume de Paris, et encore renferme-t-il cette subrogation dans les limites étroites du texte. Il préfère écarter également la subrogation dans le partage de succession et en expliquer les effets par l'idée du partage déclaratif. Et les raisons qu'il nous donne

plètement inaliénables, et l'aliénation n'est pas opposable à la femme après la dissolution du mariage (Brissaud, p. 734).

Plus tard, le droit de la femme s'étant transformé en un simple droit d'usufruit, ce n'est plus que la jouissance du bien qui est indisponible et par suite le mari ne peut compromettre le droit de la femme.

Mais il importe de bien préciser sur quoi porte le douaire ? A l'origine il portait certainement sur *les biens en eux-mêmes*, plus tard, il ne porte plus que sur *leur valeur* : le douaire comprend alors une part (généralement la moitié) de la valeur totale des immeubles du mari. Et c'est pourquoi la femme doit se contenter des immeubles restant dans le patrimoine du mari, car elle n'a pas son douaire sur les immeubles eux-mêmes, mais simplement sur leur valeur pécuniaire.

(1) *Répertoire de Guyot*, devenu plus tard *Répertoire de Merlin* au mot *Subrogation de choses.*

de son système, outre la conception traditionnelle de la subrogation fiction, sont les deux suivantes : 1° La subrogation conventionnelle n'est pas possible, car les qualités des choses dépendent de l'autorité de la loi et « ce n'est pas à nous qu'appartient le pouvoir de les changer ». 2° A cette raison il en joint une autre « qui n'est pas moins convaincante » : c'est qu'un homme ne peut s'ôter la faculté de disposer d'un bien disponible de sa nature.

Tel est le système de Guyot-Merlin, qui, les premiers, se sont efforcés de creuser le difficile problème de la subrogation et n'ont pas craint de sortir des chemins battus et suivis par leurs devanciers.

SECTION II. — La théorie de la subrogation réelle depuis le Code civil.

On ne trouve ni dans le Code civil, ni dans les travaux préparatoires une théorie générale de la subrogation réelle. Un seul texte, l'article 1407, s'y réfère explicitement, en nous disant que l'immeuble échangé contre un propre *est subrogé* aux lieu et place de celui qui a été aliéné.

Pourtant le silence du législateur de 1804 ne peut être interprété comme un rejet pur et simple des conceptions courantes ; tout au contraire, l'idée de subrogation semble avoir commandé aux rédacteurs du Code un certain nombre de décisions d'espèces.

Duranton (1) — qui, après Toullier (2), reproduit purement et simplement les idées de notre ancien droit — a fait

(1) Duranton, 1831, t. XII, nos 108, 111, 112.
(2) Toullier, 1828, t. VII, n° 97, note 1.

un relevé minutieux des textes qui visent des hypothèses de subrogation réelle. Il nous cite l'article 132 au titre de l'absence, les articles 747 et 766 qui consacrent un droit de retour légal au profit de l'ascendant donateur, ou au profit des frères et sœurs légitimes ; les articles 1407, 1434 et 1435 qui consacrent la subrogation d'un propre de communauté au cas d'échange ou de remploi, les articles 1553 et 1559 au titre du régime dotal, les articles 1066, 1067 et 1069 dans la matière des substitutions.

Cette liste se trouve confirmée et reproduite dans le *Répertoire* Dalloz (1) et dans l'ouvrage de MM. Aubry et Rau (2) ; on la retrouve également citée par presque tous les auteurs (3) qui se sont occupés de la question.

L'idée de subrogation réelle n'est donc pas étrangère aux rédacteurs du Code Napoléon, et c'est pourquoi elle a été reprise et développée par presque tous les civilistes modernes (4),

Pour Laurent (5), toute subrogation personnelle ou réelle est une fiction. La subrogation réelle n'est jamais fondée sur l'équité, « une subrogation d'équité, c'est comme si l'on disait un cercle carré ». Il critique vivement Toullier (6) qui avait osé soutenir que la subrogation de l'arti-

(1) *Répertoire* Dalloz, V° *Obligations*, n° 1815.

(2) Aubry et Rau, 3e éd., 1851. Voir Tables, V° *Subrogation réelle*.

(3) Laurent, *Tables*, V° *Subrogation réelle* ; Demolombe, *Traité des obligations*, 1872, t. IV, n° 306 ; Demolombe, *Traité des successions*, 1857, I, n° 540.

(4) Nous ne reviendrons pas ici sur la théorie de Merlin, qui étant la reproduction du *Répertoire* Guyot, vise beaucoup plutôt l'ancien droit que le droit moderne.

(5) Laurent, *Tables*, V° *Subrogation réelle*, t. IX, p. 233, et n° 187, t. X, p. 23.

(6) Toullier, t. VI, 2, p. 155, n° 148.

cle 1407 pouvait avoir comme fondement l'équité. « L'équite seule, soutient-il (1), n'aurait point suffi pour former un propre de l'immeuble reçu en échange ; s'il est propre, c'est en vertu de la loi, et la loi consacre une fiction. » Il ajoute que « les fictions sont de la plus stricte interprétation et ne comportent pas d'interprétation extensive ». Comme conséquence, il n'admet que la subrogation légale ou conventionnelle, il semble même rejeter l'ancien adage *in judiciis* et ne jamais admettre de subrogation de plein droit dans les universalités. Laurent est un partisan convaincu de l'interprétation étroite et littérale des textes ; son système ne saurait donc nous surprendre.

MM. Demante (2) et Colmet de Santerre, et après eux M. Guillouard (3) en adoptant la définition et le système de Pothier donnent purement et simplement leur adhésion à la conception traditionnelle de la subrogation-fiction.

C'est aussi à ce système que se rallient, mais avec une nuance d'originalité personnelle, M. Flach (4) d'une part et MM. Aubry et Rau de l'autre (5).

§ 1. — Systèmes de Flach et d'Aubry et Rau.

a) Flach définit la subrogation réelle « une fiction juridique » (6). « Deux caractères, dit-il (7) également, sont de l'essence de la subrogation, elle consiste dans une muta-

(1) Laurent, 1876, t. XXI, n° 354.
(2) Demante et Colmet de Santerre, 1883, t. IV, n° 35 *bis*, I.
(3) Guillouard, *Contrat de mariage*, n° 462. — Voir également Larombière, *Obligations*, art. 1249, n° 5.
(4) Flach, *Revue historique de droit*, année 1868, p. 448 et suiv.
(5) Aubry et Rau, t. VI, § 575.
(6) Flach, p. 452.
(7) *Ibid.*, p. 449.

tion ; elle est une fiction juridique. » Sur ce point il se borne donc à reproduire les idées courantes, mais où il fait montre de beaucoup plus d'originalité, c'est lorsqu'il prétend exclure la subrogation réelle conventionnelle : du moment que la subrogation est une fiction elle ne peut résulter que de l'autorité de la loi, et non pas de la volonté des particuliers. « On ne s'est pas assez souvenu, écrit il (1), que de pareilles fictions sont de droit strict, que la *loi seule* peut leur donner naissance quand elles n'existent pas par la force même des choses. Méconnaissant le vieil adage *Legis est aut consuetudinis introducere fictiones non etiam hominis* , plusieurs ont mis sur la même ligne que la loi la convention expresse des parties qui serait ainsi selon ces auteurs suffisante pour opérer la subrogation ; or c'est là une théorie vraiment inadmissible. » En conséquence Flach n'admet la subrogation que chaque fois qu'il peut la baser sur un texte ; il apporte toutefois à son système un tempérament qui est, en fait, la porte ouverte à l'arbitraire : « Toutefois, si elle (la subrogation) était appelée impérieusement par des principes que le législateur a consacrés, on userait d'une rigueur trop grande en exigeant une disposition spéciale de la loi » (2). Flach pense que la maxime *in judiciis* ne résiste pas à un examen un peu approfondi et doit être complètement abandonnée. Pourtant il admet la subrogation, lorsqu'on est en présence d'une universalité de fait ou de droit (3), selon une distinction assez spécieuse : « Ou bien, écrit-il (4), c'est l'universalité dans l'état où elle se trouvait

(1) Flach, p. 450.
(2) *Ibid.*, p. 551.
(3) *Ibid.*, p. 454, 477 et suiv.
(4) *Ibid.*, p. 476.

à une époque déterminée, qui fait l'objet de mon droit et alors je puis méconnaître, en général, les actes qui l'ont modifiée postérieurement, méconnaître la subrogation qui s'est opérée à la suite de ces actes. Ou bien c'est l'universalité telle qu'elle sera composée au moment de l'exercice de mon droit qui doit me revenir, et les actes qui en auront opéré transformation me seront en principe opposables, de même que je pourrai les invoquer. »

b) MM. Aubry et Rau (1) nous présentent la subrogation réelle comme une conséquence et une suite naturelle de leur théorie générale du patrimoine. La « subrogation n'étant qu'une fiction juridique fondée sur la fongibilité des éléments composant une même universalité de droit » n'a lieu que lorsqu'un objet se trouve réclamé en vertu d'un *judicium universale* ; la subrogation ne se produit pas au contraire de plein droit dans les actions ayant pour but la restitution d'une ou plusieurs choses particulières, ou même d'une universalité de fait (2). Plus loin, ces auteurs donnant au mot *judicium singulare* un sens tout différent, décident que la subrogation ne peut avoir lieu dans les biens isolés qu'en vertu d'un texte légal : « En dehors des cas exceptionnels dans lesquels la loi contrairement à la règle *in judiciis singularibus*... établit elle-même la subrogation ou du moins l'autorise dans certaines conditions, cette fiction doit être rejetée comme manquant de toute base rationnelle ou législative » (3).

Si l'on admet avec la théorie classique que la subrogation a lieu de plein droit dans les universalités, on en est

(1) Voir Aubry et Rau, 4e éd , t. VI, § 575. — Voir aussi Aubry et Rau, 3e éd., t. V, p. 2 et 3.

(2) Aubry et Rau, p. 238, note 9.

(3) *Ibid.*, p. 239, *in fine*.

conduit forcément à déterminer les masses de biens auxquelles on reconnaîtra le caractère d'universalité ; une théorie de la subrogation appelle forcément et nécessairement une théorie du patrimoine (1).

« Le patrimoine est, d'après MM. Aubry et Rau, l'ensemble des biens d'une personne envisagés comme formant une universalité de droit » (2).

« L'idée du patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité » (3). « Le patrimoine est un et indivisible comme la personnalité » (4). D'où il résulte (5) :

« Que les personnes physiques et morales seules peuvent avoir un patrimoine ».

« Que toute personne a nécessairement un patrimoine ».

« Que la même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine dans le sens propre du mot ».

Toutefois, bien que le patrimoine soit en principe un et indivisible, MM. Aubry et Rau ajoutent (6) que notre droit reconnaît pourtant certaines autres universalités qui s'en distinguent : c'est le patrimoine héréditaire, distinct du patrimoine personnel de l'héritier au cas de séparation des patrimoines ou de bénéfice d'inventaire, ce sont les biens auxquels une personne est appelée à succéder en vertu d'un droit de retour légal, les biens de l'absent qui forment une universalité distincte du patrimoine de l'envoyé en possession, enfin les biens compris dans un fidéicommis universel ou dans un majorat.

(1) Aubry et Rau, t. IV, § 573.
(2) *Ibid.*, p. 229.
(3) *Ibid.*, p. 229.
(4) *Ibid.*, p. 232.
(5) *Ibid.*, p. 231.
(6) *Ibid.*, p. 234.

Voilà limitativement et rigoureusement déterminée par la loi, la liste des seules masses de biens constituant des universalités, et admettant, par suite, la subrogation de plein droit.

Mais pourquoi la subrogation se produit-elle ainsi de plein droit dans les universalités ? La raison en est que (1) « les éléments du patrimoine se ramenant tous en qualité de biens à l'idée commune d'une valeur pécuniaire revêtent par cela même les uns à l'égard des autres le caractère de choses fongibles », c'est-à-dire de choses susceptibles de se remplacer les unes par les autres. Le système de MM. Aubry et Rau a certainement eu le mérite de préciser l'étendue et la raison d'être de la subrogation réelle générale (2), malheureusement, ces auteurs n'ont guère abordé l'examen de la subrogation dans les titres particuliers.

§ 2. — La jurisprudence et l'interprétation large.

Ici encore, et comme dans notre ancien droit, nous allons constater le même désaccord entre la théorie et la pratique ; à l'encontre de la doctrine, la jurisprudence a le plus souvent interprété largement la subrogation dans les espèces qui lui furent soumises.

D'accord en cela, du reste, avec les auteurs, les arrêts ont compris d'une façon très extensive les effets du remploi et de l'échange sous les régimes de communauté : c'est ainsi que l'article 1407 du Code civil ne prévoit de subrogation que lorsque l'échange a un caractère immobilier,

(1) Aubry et Rau, p. 235.

(2) C'est-à-dire, dans la terminologie habituelle, la subrogation se produisant dans les universalités.

pourtant personne ne conteste que le meuble acquis en échange d'un bien propre ne soit également propre (1).

Au lendemain même du Code civil, la jurisprudence a eu à fixer la portée exacte de l'article 747 et, par là même, à trancher une question de subrogation; l'ascendant donateur recouvre-t-il simplement les biens donnés lorsqu'ils se retrouvent dans la succession du donataire ? N'est-il pas fondé à réclamer également tout bien acquis en remploi ou en échange d'un bien donné ?

C'est cette subrogation que consacre, dans des termes trop larges du reste, un arrêt de la Cour de Rouen du 11 janvier 1816 (2), arrêt confirmé par la Cour de cassation, le 30 juin 1817.

Le 25 août 1826, la Cour de Colmar, le tribunal civil de Rouen, le 25 juillet 1828 et la Cour de Rouen avec quelques réserves, le 27 décembre 1828 (3), admettent également la subrogation de l'indemnité d'assurance à l'immeuble hypothéqué.

Il est vrai que cette jurisprudence fut condamnée par un arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 1831 (4). Cet arrêt semble inaugurer une ère défavorable à la subrogation : peu de temps après nous voyons en effet un arrêt de

(1) Voir la liste des auteurs cités pour ou contre dans le *Code civil* Dalloz, sous l'article 1407, n° 19. Pour : presque tous les auteurs. En sens contraire : seulement deux auteurs très peu connus, Arntz et Bellot des Minières. — Voir aussi Stora, thèse, p. 220.

(2) Cass., 30 juin 1817, S. 17.1.313. — Voir l'arrêt en note, *Répertoire* Dalloz, V° *Succession*, p. 213.

(3) Colmar, 25 août 1826, S. 28.2.17 ; Rouen, 27 décembre 1828, S. 30.2.163. La doctrine de la Cour de Rouen est pourtant moins nette que la précédente. V. *infrà*.

(4) Cass., 28 juin 1831, S. 31.1.291.

Bourges du 13 février 1839 (1), se refuser à admettre la subrogation dans une communauté légale entre des époux et leurs enfants et poser qu'en principe « la subrogation n'a lieu que dans les cas et les conditions déterminés par la loi ».

C'est également à la théorie de Merlin et à la thèse de la subrogation fiction qu'un arrêt de Grenoble du 27 février 1834 donnait son adhésion (2).

Mais cette réaction dure peu ; entre 1840 et 1850 (3), la jurisprudence élabore son système de la « dot incluse », étendant ainsi considérablement les effets de la subrogation sous le régime dotal.

La Cour de Lyon, en 1871 (4), consacre la subrogation de la chose acquise en échange d'une chose donnée par l'ascendant exerçant ensuite son droit de retour légal.

Du reste parallèlement à ce mouvement de jurisprudence, une poussée législative se produit, favorable à la subrogation : c'est la loi du 3 mai 1841, article 18, qui subroge l'indemnité d'expropriation à la chose expropriée au moins vis-à-vis des créanciers hypothécaires et privilégiés ; c'est également dans un sens favorable à la subrogation, l'article 10 de la loi du 28 mai 1858 sur les négociations concernant les marchandises déposées dans les magasins généraux ; c'est la loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque

(1) Bourges, 13 février 1839, en note, dans le *Répertoire* Dalloz, V° *Contrat de mariage*, n° 809.

(2) Grenoble, 27 février 1834, *Jur. Gén.* Dalloz, V° *Assurances* en note sous n° 84, p. 349.

(3) C'est exactement un arrêt de 1839 (25 décembre 1839, *Jur. Gén.* Dalloz, V° *Contrat de mariage*, n° 3968) qui a le premier admis cette théorie.

(4) Lyon, 24 août 1871, S. 72.2.121 ; Lyon, 8 avril 1895, D. P. 96.2.225.

maritime ; c'est enfin la loi du 19 février 1889, qui établit d'une façon générale la subrogation de l'indemnité d'assurance au bien grevé de privilège ou d'hypothèque.

Le 30 juin 1893 (1), la Cour de Dijon fait, dans des conditions que nous avons déjà indiquées, une application neuve des idées de subrogation en matière de fondation. Cette jurisprudence a été confirmée dans une espèce analogue par un arrêt de la Cour de cassation du 29 avril 1901 (2). Cet arrêt de la Chambre civile semble donner tort, au moins sur la question de principe, à un arrêt de la Chambre des requêtes qui déclarait encore « que la subrogation n'a lieu que dans les cas visés par la loi ». Aujourd'hui, on ne peut sérieusement contester que la jurisprudence n'admette, à côté de la subrogation légale, une subrogation purement conventionnelle : elle sous-entend la subrogation chaque fois qu'elle juge que celle-ci est nécessaire pour assurer le but voulu par les parties (3). Elle exige simplement que cette subrogation ne soit pas contraire à la volonté des parties (4).

(1) S. 94.2.185.

(2) Cass. civ., 29 avril 1901, D. 1902.1.33, S. 1903.1.32.

(3) Voir aussi dans le sens de l'interprétation large de la subrogation deux arrêts :

1° Un arrêt de la Cour de Paris du 31 mars 1905 (D. 1906.2.321, S. 1906.2.137) qui interprète très largement la subrogation de l'indemnité locative à la chose louée.

2° Arrêt 26 février 1908 (D. 1909.1.5) qui étend la subrogation que semble consacrer l'article 575 al. 2 du Code de commerce.

3° Voir aussi, comme admettant une interprétation large de la loi de 1889 et de la subrogation qu'elle consacre : Cass. civ., 17 juillet 1911, D. 12.1.81, avec note Planiol.

(4) 1° Voir ainsi dans ce sens (quoiqu'en fait, elle écarte la subrogation) : Cass , 1er août 1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 2e sem., p. 286.

2° Voir au contraire dans le sens de l'interprétation étroite : Trib. civ. d'Albi, 10 mai 1911, *Gaz. Trib.*, 24 septembre 1911.

CHAPITRE II

LES THÉORIES MODERNES

En présence de cette jurisprudence nouvelle la théorie traditionnelle semble par trop étroite ; il n'est que temps de l'élargir, et c'est la tâche que les auteurs modernes se sont imposée ; ils y sont arrivés par deux procédés sensiblement différents et qui pourtant ne sont que deux routes conduisant au même but.

Ce qui donne, en effet, à la subrogation réelle son caractère si étroit, c'est qu'elle ne se produit en principe que dans les universalités et que la notion de patrimoine confondue avec celle d'universalité est maintenue dans le cadre étroit et rigide que lui ont assigné Aubry et Rau. Mais ces principes sont-ils incontestables ? La subrogation réelle emprunte-t-elle vraiment quelque chose à la notion d'universalité, et en supposant qu'il en soit ainsi, la théorie du patrimoine admise par MM. Aubry et Rau est-elle conforme aux faits ? Ce sont les deux faces de ce problème qu'ont envisagées respectivement MM. Demogue et Saleilles, l'un pour affirmer que la notion de subrogation est parfaitement indépendante de celle d'universalité, l'autre pour critiquer la théorie courante du patrimoine. Quant à M. Planiol, il nous semble avoir concilié dans une formule très heureuse ces systèmes opposés, en admettant dans certains cas la subroga-

tion pour des biens isolés, mais en faisant place encore à l'adage *in judiciis* (1).

§ 1. — Système de M. Saleilles.

M. Saleilles (2) avait à justifier l'extension donnée à la théorie de la subrogation par la Cour de Dijon et son application à la matière des fondations.

Le savant auteur y est arrivé d'une façon très habile : la subrogation, dit-on, dans la théorie classique se produit de plein droit dans les universalités. Mais est-ce que seule la loi peut attribuer à une masse de biens le caractère d'universalité comme l'affirment Aubry et Rau ? Est-ce que la convention ne peut pas elle aussi « constituer d'autres universalités susceptibles de se reproduire par voie de subrogation » ? Ce qui fait l'unité d'un patrimoine, c'est avant tout la communauté du but auquel sont affectés tous les biens composant ce patrimoine ; mais cette affectation d'une masse de biens à un usage déterminé peut être aussi bien l'œuvre de la volonté des particuliers que celle de la loi.

Les parties peuvent affecter un ensemble de biens à un but spécial et voulu par elles, et désirer « que cet ensemble envisagé dans sa valeur pécuniaire, plutôt que dans les individualités qui le constituent », soit conservé au but qu'elles ont en vue.

Or pourquoi ne pas reconnaître à cet ensemble de biens en tout point semblable à un patrimoine, le caractère d'universalité ? Il semble qu'il n'existe aucune bonne raison

(1) V. les références à ces auteurs, cités dans la bibliographie.

(2) Saleilles, *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, année 1893, p. 871 ; Saleilles, note au S. 94.2.185.

pour lui refuser ce caractère ; c'est du moins ce que pense M. Saleilles, qui termine ainsi la première partie de son raisonnement (1) : « Le point paraît donc acquis : la convention est admise à créer un patrimoine formant masse à part, donc se développant par voie de subrogation, là où il y a, pour lui servir de base, une affectation à un but que la loi reconnaît et qu'elle autorise. »

Or le type de ces patrimoines d'affectation créés par la convention, n'est-ce pas par excellence le patrimoine de fondation ? L'ensemble des biens affectés à une œuvre de cette nature constitue certainement une universalité, par suite les choses affectées à la fondation sont susceptibles de se substituer les unes aux autres par voie de subrogation.

Lorsque le patrimoine de fondation fera l'objet d'une restitution à la suite, par exemple, d'une action en révocation pour inexécution des charges, le donataire devra restituer aux héritiers non seulement les choses qui, originairement, avaient été affectées à l'œuvre par le donateur lui-même, mais encore tous les biens qui dans la suite, par voie d'échange ou de remploi, auront remplacé des biens affectés, de même que s'il s'agissait de la restitution d'un patrimoine héréditaire.

Pour M. Saleilles, la subrogation n'est une fiction que lorsqu'elle repose sur l'autorité de la loi ; lorsqu'au contraire elle résulte de la volonté des particuliers, elle ne présente à aucun titre ce caractère (2).

M. Saleilles distingue donc entre la subrogation légale ou fictive et la subrogation conventionnelle. Dans les titres particuliers, il nous cite comme exemples de subrogation

(1) Saleilles, note citée, p. 187, col. 3.
(2) Saleilles, note citée, p. 186, col. 1.

fictive : la subrogation dans les propres de succession, la subrogation de l'indemnité d'assurance, dans les conditions de la loi du 19 février 1889 ; il considère, au contraire, comme ayant un caractère conventionnel : la subrogation dans les propres de communauté ou sous le régime dotal. Il reproduit la même distinction pour la subrogation à titre universel, cette subrogation étant légale ou conventionnelle, selon que le patrimoine dans lequel elle se produit a été créé par la volonté des particuliers, ou par l'autorité de la loi. Le patrimoine héréditaire, qui doit revenir à l'ascendant au cas de retour légal, est déterminé par la loi, et « la dévolution des biens par voie de succession ne peut être que l'œuvre de la loi » ; au contraire les biens grevés de substitution, formant un majorat, ou affectés à une fondation constituent un patrimoine créé par la volonté individuelle.

Tel était le système très original soutenu par M. Saleilles en 1894 ; depuis, notre auteur semble avoir quelque peu abandonné son système personnel pour se rallier à la thèse de M. Demogue ou plus exactement aux idées de M. Planiol. Il semble ne plus admettre le caractère fictif de la subrogation : « Il suffit de constater, dit-il (1), que la théorie classique de la subrogation perd de plus en plus de terrain, et que tout le monde est bien prêt d'admettre que la subrogation est une *véritable réalité juridique*, qui repose sur *la volonté* soit *des particuliers* dans la limite des actes de disposition ou d'affectation qui leur sont permis, soit *de la loi*, sous réserve de l'interprétation plus ou moins extensive que les tribunaux doivent lui appliquer. » C'est la même

(1) Saleilles, note S. 1903.1.321.

formule, ou peu s'en faut, qu'adopte dans sa thèse M. Stora (1).

§ 2. — Système de M. Demogue.

Alors que M. Saleilles restait encore fidèle aux conceptions courantes en faisant une large place à la notion d'universalité, M. Demogue, lui, adopte un système beaucoup plus radical, il se sépare franchement de l'opinion traditionnelle, en soutenant que la subrogation se produit indifféremment et de la même manière dans les biens isolés et dans les universalités. Demogue distingue deux séries d'applications de la subrogation (2) : 1° La subrogation a lieu chaque fois que l'on se trouve en présence de *valeurs d'affectation* c'est-à-dire chaque fois que les parties affectent à un usage déterminé un ensemble de biens ou même un bien isolé, et que ces biens sont envisagés dans leur valeur pécuniaire plutôt que dans leur individualité physique. Comme les parties peuvent affecter également à un usage déterminé, soit un ensemble de biens, soit des biens isolés, et que la subrogation est nécessaire,dans un cas comme dans l'autre, pour assurer le respect de leur volonté, il est facile d'en déduire que la subrogation est la conséquence de l'af-

(1) Stora, thèse citée, p. 481 : « La subrogation, qu'elle se produise au sein ou en dehors d'une universalité, qu'elle soit générale ou spéciale, qu'elle transmette une qualité générale et commune à tout un ensemble de biens, ou une qualité particulière à un bien isolé, n'est commandée que par le respect de la volonté expresse ou tacite soit du législateur, soit des particuliers, suivant que cette qualité générale ou particulière est l'œuvre de la loi ou de la convention. »

(2) Demogue, *De la subrogation réelle*, ouvrage cité dans la bibliographie. — Voir le système de M. Demogue adopté dans la thèse d'Aurenge, p. 62 et suiv.

fectation voulue par les parties et non pas de la réunion de ces biens en une universalité. 2° La subrogation se produit également dans un second cas, où il ne s'agit pas d'affectation mais de restitution d'un bien : « Lorsque, dans un intérêt de crédit, la loi admet qu'un droit soit perdu pour son titulaire sans le consentement de ce dernier, celui-ci exerce alors un droit analogue sur les biens que l'aliénateur a acquis en échange ou en remploi du prix » (1). Cette subrogation se produit conformément à l'opinion commune lorsqu'il s'agit d'une restitution de biens formant une universalité, par exemple de la restitution du patrimoine héréditaire, par l'héritier apparent, ou du patrimoine de l'absent par l'envoyé en possession.

Mais elle a lieu également, d'après Demogue, dans la revendication de biens isolés, chaque fois que le réclamant ne peut atteindre la chose entre les mains du tiers possesseur, celui-ci pouvant invoquer à son profit soit l'article 2279, soit la prescription de dix à vingt ans.

Donc, ici encore, la subrogation se produit également dans les biens isolés et dans les universalités. Ajoutons enfin, pour en terminer avec ce système, que Demogue comme Saleilles est un adversaire résolu de la subrogation fictive ; il enseigne que la subrogation n'est pas en contradiction avec la nature des choses, qu'elle se justifie toujours par le respect de la volonté des particuliers, ou par l'autorité de la loi (2).

(1) Demogue, *op. cit.*, p. 29.

(2) Demogue, *op. cit.*, p. 13.

§ 3. — **Système de M. Planiol** (et thèse de Magnillat).

Le système de M. Planiol (1) nous semble une conciliation très heureuse des systèmes de MM. Demogue et Saleilles. Comme Demogue, M. Planiol admet la subrogation chaque fois qu'il se trouve en présence de « valeurs d'affectation », chaque fois que des biens isolés, ou composant un ensemble juridique ont été affectés à un usage déterminé, et envisagés dans leur valeur pécuniaire plutôt que dans leur individualité physique. Sur ce premier point M. Planiol se trouve complètement d'accord avec Demogue.

Leurs systèmes diffèrent sur le second point : M. Planiol n'admet en effet la subrogation que lorsqu'il s'agit de masses de biens (d'universalités) sujettes à restitution, il repousse par contre la subrogation dans la revendication des biens isolés. Du moment où la chose est sortie des mains du propriétaire, l'action réelle n'est plus possible ; ce n'est qu'au moyen d'une action personnelle et par application de la théorie de « l'enrichissement sans cause » que le revendiquant pourra réclamer à l'aliénateur le prix des choses vendues (2). Et c'est cette différence entre l'action réelle générale où la subrogation est possible, et l'action réelle spéciale où elle n'a pas lieu, que lui semble traduire avec beaucoup de justesse l'adage *in judiciis*.

« En somme, conclut M. Planiol (3), on voit qu'il n'y a jamais de fiction, car il ne s'agit jamais de modifier le caractère ou la qualité juridique d'un bien, mais seulement de

(1) Planiol, t. III du *Manuel de droit civil*, p. 922 en note ; Planiol, D. 1902.1.33.

(2) Planiol, note au Dalloz citée, p. 33, col. 2.

(3) Planiol, *Manuel de droit civil*, III, p. 922 en note.

son affectation ou de l'obligation de le restituer. La subrogation est tantôt conventionnelle, tantôt légale (1). Ainsi les subrogations réelles admises en matière d'absence (art. 132, C. civ.),de pétition d'hérédité, de retour légal sont déterminées par la loi ; au contraire les subrogations qui se produisent en matière de conventions matrimoniales pour le remploi des biens dotaux affectés aux charges du ménage, ou encore dans les fondations et donations avec charges dépendant principalement de la volonté des parties. »

La thèse de M. Magnillat (2), malgré son titre, est un travail surtout économique. L'auteur part de cette idée que les biens, en particulier les immeubles, étaient autrefois précieux par eux-mêmes et non par la valeur qu'ils représentaient. C'est ce qui explique les difficultés d'aliéner les propres de succession et le caractère fictif de la subrogation dans notre ancien droit. L'attachement de l'individu pour son bien rendait difficile toute aliénation de ce genre, et par suite les mutations et transmissions de qualités juridiques d'un bien à un autre avaient un caractère anormal.

Aujourd'hui, nous ne considérons les biens qu'au point de vue de leur valeur, que comme instruments de valeurs. Un régime nouveau se crée, qui est le « régime des valeurs », organisme juridique autonome qui ne se confond pas avec les anciennes classifications des droits. Par suite la conservation de ces valeurs dans un but déterminé ne peut plus être assurée par une inaliénabilité complète, mais simplement par une série de mutations et de remplacements

(1) Planiol, note citée, p. 33, col. 2.

(2) Magnillat, *Subrogation réelle*, thèse citée dans la bibliographie. V. surtout, p. 79 et conclusion (essai d'une construction du régime des valeurs), p. 311 et suiv.

successifs. Et « c'est ainsi que la subrogation, de fiction qu'elle était dans notre ancienne législation est devenue une réalité économique ».

Nous ne saurions certes, que souscrire à des idées aussi exactes. Tout au plus ferons-nous quelques réserves, en ce qui concerne la théorie que l'auteur nous présente du « régime des valeurs », et en particulier, sur l'utilité qu'il y a de faire du droit à la valeur un droit nouveau entièrement différent du droit de créance.

Seulement si la subrogation est aujourd'hui commandée par des nécessités économiques, le rôle de l'interprète est justement de la doter d'une organisation juridique aussi complète que possible. Or sur ce point, M. Magnillat ne nous propose pas de précisions nouvelles. Après avoir groupé sous quatre chefs principaux (1) toutes les hypothèses de subrogation, il finit par reconnaître que celles-ci dérivent toujours ou de l'idée d'affectation d'un bien à un usage déterminé, ou de l'obligation qui est imposée à certaines personnes de restituer une masse de biens.

C'est donc, en somme, au système de Planiol que l'auteur s'en réfère. Comme nous il n'est qu'un disciple du savant auteur.

(1) L'auteur range les hypothèses de subrogation sous quatre chefs principaux :

1° Subrogation ayant pour but la conservation des pouvoirs d'administration.

2° Subrogation ayant pour but la conservation d'une valeur au profit d'individus, d'une famille, d'un groupe (ce cas beaucoup plus général nous semble englober les trois premiers).

3° Subrogation ayant pour but de maintenir le droit de préférence entre les créanciers.

4° Subrogation ayant pour but d'éviter l'enrichissement sans cause.

CHAPITRE III

LES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

Terminons la rapide esquisse historique que nous avons présentée de la théorie de la subrogation par un exposé succinct des législations étrangères.

§ 1. — Le Code civil allemand.

Le nouveau Code civil allemand de 1896-1900 consacre à des hypothèses de subrogation réelle un certain nombre d'articles (1). De la comparaison de ces textes qui renferment tous une formule générale (2), il est relativement facile de dégager une théorie complète de notre institution.

a) Dans le droit allemand, comme chez nous, la subrogation réelle se produit chaque fois qu'un bien est grevé d'une affectation ou d'une obligation de restitution au profit d'une tierce personne.

Cette qualité de bien grevé d'affectation ou de restitution est alors transmise à tout ce qui est acquis :

1° « En vertu d'un droit faisant partie de cette chose ».

2° « Ou à titre de réparation pour la destruction, la détérioration, ou la soustraction de cette chose ».

(1) Voir Code civil allemand, art. 718, 818, 1370, 1381, 1382, 1473, 1524, 1554, 1646, 2019, 2041, 2111, 2164, 2374.

(2) Voir cette formule par exemple dans les articles 1370, 1473, 1524, 2041, 2111, 2374.

3° « Ou par un acte juridique se rapportant à cette chose ».

Le Code civil allemand a ainsi prévu, dans une formule générale, toutes les hypothèses de subrogation :

1° La subrogation a lieu chaque fois qu'une chose a été acquise en vertu d'un droit faisant partie d'un autre bien.

C'est ainsi que seront subrogés à la chose elle-même : les fruits naturels (art. 953 et suivants), les augmentations et accroissements (art. 946 et suivants), la partie du trésor revenant au propriétaire du fonds sur lequel il est trouvé (art. 984 *in fine*), les sommes acquises par la satisfaction d'une créance (1). Il est vrai que dans ces hypothèses, l'idée de subrogation est discutable, puisqu'il ne s'agit pas d'une substitution d'une valeur à une autre, mais de l'incorporation d'une valeur dans une autre, et qu'en France nous avons l'habitude de désigner ce dernier phénomène juridique sous le nom d'accession.

2° La subrogation a lieu, par contre certainement, chaque fois qu'une chose ayant été détériorée, détruite ou soustraite, se trouve remplacée dans le patrimoine du propriétaire par une indemnité correspondante.

Toute indemnité quelle que soit sa nature (indemnité d'expropriation, de responsabilité ou d'assurance) se trouve donc entièrement assimilée à la chose détruite au point de vue de sa situation juridique.

3° Toute chose acquise par suite d'un acte juridique se rapportant au bien originaire lui est également subrogée. Ce dernier article vise principalement les hypothèses d'échange, vente avec remploi, cession de créance à titre onéreux et autres contrats analogues où il existe un lien juridique entre le bien acquis et le bien aliéné.

(1) Voir à ce sujet : Code civil allemand, éd. Comité de législation étrangère, sous l'article 1370.

b) Le Code civil allemand qui détermine ainsi d'une façon générale la portée de la subrogation s'est préoccupé par contre de protéger les droits des tiers. Il s'est efforcé de sauvegarder les intérêts du débiteur de la créance subrogée ; pour cela il décide que cette subrogation ne sera pas opposable au débiteur tant qu'il n'en aura pas eu connaissance, cette solution découlant naturellement des articles 406 à 408 qui décident que la cession de créance n'est opposable au débiteur cédé que du jour où effectivement il en a pris connaissance (1).

C'est par application de ce principe général que l'article 2019 stipule que lorsqu'une créance aura acquis, par voie de subrogation, la qualité de chose héréditaire, cette qualité ne sera opposable au débiteur que du jour où il aura eu connaissance de la subrogation (2)

Mais il convient même de se demander si, à l'égard des autres tiers (créanciers ou acquéreurs) qui peuvent être touchés par la subrogation, il n'y aurait pas lieu d'étendre cette protection spéciale résultant des articles 406 à 408 et de décider d'une façon générale que la subrogation réelle ne serait opposable aux tiers que dans la mesure où ils en auraient eu connaissance ?

Cette généralisation des solutions légales ne nous semble nullement en contradiction avec l'esprit du Code civil allemand (3). Au point de vue rationnel, elle serait préférable

(1) Voir cette exigence reproduite dans les articles 1473, 1524, 2019 2041 (renvoi à l'art. 2019, al. 2), 2111 du Code civil allemand.

(2) Même solution en ce qui concerne la qualité de bien de communauté, art 1473, de bien d'apport, art. 1524, de bien fiduciaire, art. 2111.

(3) C'est ainsi que Demogue semble comprendre le système du droit allemand, p. 63, note 1.

au système français qui admet que la subrogation est opposable aux tiers du jour où certaines formalités de publicité (art. 1434) ont été remplies, les tiers étant alors légalement censés connaître la subrogation. Dans le droit allemand, au contraire, on exigerait la connaissance réelle et effective de la subrogation par les tiers auxquels elle serait opposée.

c) D'après la législation allemande comme d'après la nôtre, la subrogation se produit chaque fois qu'un bien affecté à un usage déterminé a été aliéné et remplacé par une contre-valeur.

Reportons-nous tout d'abord au régime des biens entre époux. Le régime légal qu'organise le Code est généralement désigné sous le nom de « communauté d'administration » (Verwaltungs gemeinschaft) (1). C'est un mélange de notre séparation de biens et de notre régime sans communauté. Il n'y a pas de masse commune ; la condition des patrimoines des époux n'est pas foncièrement changée par le mariage. Les biens de la femme se divisent toutefois en deux catégories : les biens réservés qui sont soumis au régime de la séparation de biens, dont la femme garde par suite l'administration et la jouissance ; les biens apportés dont

(1) De ce régime type du droit allemand on peut rapprocher le régime légal du droit suisse qui est le régime de l'*union des biens*. La fortune de la femme s'y divise aussi en biens réservés, dont elle garde l'administration et la jouissance, et en biens d'apport dont l'administration appartient au mari. Ici encore la subrogation interviendra pour fixer les apports. L'article 196, alinéa 2, porte que « les acquisitions faites pendant le mariage en remploi des biens de la femme sont réputées apports de celle-ci ». — Voir aussi pour le régime de communauté, article 293, alinéa 2, du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (obligatoire depuis le 1er janvier 1912).

le mari a l'administration et la jouissance tout comme dans notre régime sans communauté.

Pour maintenir la stabilité de ces deux masses de biens, et empêcher que la valeur de l'une ne s'augmente aux dépens de l'autre, on fait appel à la subrogation réelle.

C'est ainsi que l'article 1370 décide, en ce qui concerne les biens réservés : « Est bien réservé ce que la femme acquiert en vertu d'un droit faisant partie de son bien réservé ou à titre de réparation pour la destruction, la détérioration, la soustraction d'un objet faisant partie du bien réservé ou par un acte juridique qui se rapporte au bien réservé. »

L'article 1524 donne les mêmes solutions pour la subrogation des biens d'apport (1).

Les Allemands pratiquent également comme nous les régimes de communauté et là encore la subrogation interviendra dans la fixation de la masse commune. C'est ainsi que d'après l'article 1473 « Ce qui est acquis en vertu d'un droit faisant partie du bien de communauté (2) ou ..... devient bien de communauté ».

La subrogation intervient également lorsqu'il s'agit de déterminer le montant des restitutions qui seront dues à l'arrière-héritier par l'héritier grevé d'un fidéicommis. Aux termes de l'article 2111 qui reproduit toujours la même formule générale (3) on doit considérer comme ayant le caractère de bien héréditaire tout ce qui a été acquis à la place d'une chose faisant partie de la succession. Et cette subro-

(1) Voir également, en ce qui concerne les biens d'apport sous le régime de communauté, l'article 1554. — Voir aussi les articles 1381 et 1382.

(2) Même formule que l'article 1370.

(3) *Sic* : *Commentaire*, article 2112 du Code civil allemand.

gation a en fait une étendue beaucoup plus grande que dans la législation française. L'héritier antérieur peut en principe, d'après l'article 2112, disposer des biens fiduciaires, sauf les exceptions prévues par les articles 2113 et 2115 ; mais presque toujours l'héritier sera obligé de remplacer les objets aliénés (4) et les biens ainsi acquis se trouveront tout naturellement subrogés aux biens aliénés. Cette conception de la législation allemande qui ne frappe les biens substitués que d'une indisponibilité toute relative nous semble beaucoup plus conforme à la réalité économique et bien préférable au système français qui grève ces biens d'une inaliénabilité complète quoique conditionnelle.

Le patrimoine social se compose des apports des associés et également de tous les biens qui auront été subrogés à ces apports. C'est ainsi que d'après l'article 718, font partie du patrimoine social « les objets acquis au moyen de la gestion pour le compte de la société », « tout ce qui a été acquis sur le fondement d'un droit faisant partie du patrimoine social » ou « à titre d'indemnité pour la destruction, la détérioration ou la soustraction d'un objet compris dans le patrimoine social ».

Les articles 80 à 89 du Code civil allemand réglementent minutieusement l'organisation juridique des fondations. L'article 87 permet à l'autorité compétente de changer et de modifier le but primitif de la fondation lorsque les circonstances l'exigent. *A fortiori* doit-on admettre que l'autorité de surveillance pourra autoriser à charge de remploi l'aliénation des biens faisant partie de la fondation ; les choses acquises étant, comme les biens aliénés, affectées au même usage, leur seront subrogées.

En ce qui concerne les sûretés réelles le Code civil allemand (art. 232) admet la possibilité de donner comme sûre-

tés non seulement des objets mobiliers ou immobiliers mais encore de' l'argent ou des valeurs. L'article 235 décide que lorsque l'objet de la sûreté consiste dans de l'argent ou des valeurs, l'emploi on le remploi de cet argent ou de ces valeurs en d'autres valeurs est toujours possible. De toute évidence, les biens ainsi acquis seront affectés comme les objets qu'ils remplacent à la garantie de la même obligation. Nous sommes ici en présence d'une subrogation réelle, dont la place au début du Code indique la grande généralité.

Il est par contre assez curieux de remarquer que le droit allemand n'admet pas d'une façon générale la subrogation de l'indemnité à la chose hypothéquée. En principe lorsqu'un immeuble grevé d'hypothèque disparaît ou que disparaissent les objet sur lesquels elle s'étend, l'hypothèque s'éteint et ne frappe pas le droit à l'indemnité qui appartient en raison de ce fait au propriétaire contre l'auteur de la disparition. Egalement les actions en dommages-intérêts pour les dégradations causées à ces objets ne sont pas soumises à l'hypothèque qui portait sur ces derniers (1). Dans l'article 1127 le Code civil fait une exception à ces règles pour le cas où les objets étaient assurés au profit du propriétaire ou du possesseur en propre.

Dans cette hypothèse la créance contre l'assureur est subrogée réellement aux objets assurés et se trouve ainsi soumise à l'hypothèque (art. 1127, al. 1).

Dans le cas d'assurance d'un bâtiment, la créance d'indemnité étant subrogée au bâtiment lui-même, le propriétaire ne peut pas plus disposer de la créance d'assurance

(1) *Commentaire du Code civil allemand*, éd. Comité de législation étrangère, sous l'article 1127.

que du bâtiment lui-même, de façon à causer un préjudice aux intérêts de son créancier hypothécaire.

C'est pourquoi l'article 1128 décide :

1° que l'assureur n'est jamais libéré par un paiement fait à l'assuré seul ; jusqu'à ce que la créance hypothécaire soit échue, il doit payer à l'assuré et au créancier conjointement. L'alinéa 1 de notre article décide pourtant que le paiement sera valable, s'il a été fait après un avis au créancier hypothécaire, qui n'aura pas formé opposition au paiement dans le délai d'un mois (art. 1128, al. 1).

2° en dehors de ce cas et du cas visé par l'article 1130 (hypothèse où l'indemnité est employée à la reconstruction du bien détruit), un paiement fait à l'assuré n'est jamais opposable au créancier quand bien même l'assureur n'aurait pas su que l'hypothèque était manifestée au livre foncier (article 1128, al. 2) (1).

De la subrogation au droit d'hypothèque on rapproche tout naturellement la subrogation au droit d'usufruit. Le système du Code allemand est sur ce point entièrement satisfaisant. Il peut se résumer dans les trois propositions suivantes :

1° L'usufruitier doit faire assurer la toute-propriété du bien. L'assurance est donc obligatoire pour lui au moins en ce qui concerne les immeubles (art. 1045).

2° En conséquence la subrogation s'opère complète, et l'usufruit se reporte simplement sur l'indemnité (art. 1046, al. 1).

3° L'emploi de l'indemnité à la reconstruction du bien détruit peut toujours être exigé par l'usufruitier ou par le nu-propriétaire (art. 1046, al. 2).

(1) *Commentaire du Code civil allemand*, art. 1128.

Au cas de vente du gage, l'article 1247 réglemente les effets d'une subrogation restreinte du prix à la place du gage. Le prix de la vente du gage étant le plus souvent en argent (1) le créancier gagiste en deviendrait d'après le droit commun entièrement propriétaire, ce qui serait dangereux pour les titulaires de droits sur le gage ; on ne peut non plus appliquer pleinement l'idée de subrogation, car cela aboutirait à substituer un droit de gage à un autre ; aussi la loi décide-t elle simplement que le créancier gagiste ne devient propriétaire du prix que dans la mesure où ce prix a pour but de le remplir de ses droits ; pour le surplus le prix de vente est subrogé au gage et les droits des tiers transférés sur le prix.

L'article 1646, que nous citerons en terminant, a pour but de trancher une question qui s'est également posée devant les tribunaux français (2). Lorsque le représentant légal d'un mineur (ici le père) acquiert avec les deniers appartenant à l'enfant des objets mobiliers, doit-on décider que ces biens sont la propriété de l'enfant ou la propriété du père ? Si l'on admet cette dernière solution l'enfant est menacé d'un grave danger, car n'ayant plus contre son père qu'un droit de créance et non un droit de propriété, il risque au cas de faillite de perdre son droit de distraction. Très sagement le Code consacre la subrogation des biens acquis à la place des deniers et décide que la propriété en appartiendra à l'enfant à moins d'une déclaration contraire du chef de famille.

(1) Nous négligerons le cas où le prix consiste dans une créance. — Voir *Commentaire du Code civil allemand*, art. 1247.

(2) Chambre des requêtes, 28 février 1899, D. 1905.1.28.

d) La subrogation se produit également chaque fois qu'une chose, grevée d'une obligation de restitution, se trouve aliénée d'une façon définitive et remplacée par une contre-valeur. On peut même se demander si, dans le droit allemand, cette subrogation n'a pas lieu dans tous les cas sans distinction entre les biens isolés et les biens compris dans des universalités ?

Supposons qu'une chose mobilière ait été aliénée par un non ayant droit au profit d'un tiers de bonne foi, une telle aliénation est opposable au propriétaire ; en vertu de l'article 932 du Code civil allemand (art. 2279, C. civ. français), la revendication n'est plus possible contre le tiers acquéreur, mais l'aliénateur ayant réalisé, aux dépens du propriétaire, un enrichissement sans cause, doit lui restituer le montant de son enrichissement (art. 812). Or, l'article 818 décide que « l'obligation de restituer s'étend à tout ce que le bénéficiaire gagne sur le fondement du droit qu'il a acquis ou à titre d'indemnité pour la destruction, la détérioration ou la soustraction de l'objet qu'il a acquis ». C'est, semble-t-il, le système de la subrogation réelle admis d'une façon générale (1), l'obligation de restitution s'étendant aux indemnités dues pour perte de la chose, aux biens acquis en échange ou en remploi.

Mais en ce qui concerne cet article 818, il faut observer tout d'abord, que les jurisconsultes allemands eux-mêmes ne sont pas d'accord sur la signification exacte qu'il con-

(1) C'est ainsi que Demogue semble comprendre cet article, *op. cit.*, p. 63, note 1, et p. 26, note 1. — Demogue cite également en ce sens l'article 1041 du Code civil autrichien qui déclare que si une chose vient à l'avantage d'autrui, le propriétaire peut la réclamer en nature, et si cela ne peut se faire, en exiger la valeur. — Voir aussi Magnillat, même opinion, thèse, p. 270.

vient de lui attribuer (1) ; alors que certains auteurs admettent que cet article doit être entendu d'une façon générale et que l'obligation de restitution comprend tout ce qui, par contrat,a pris la place de la chose aliénée, prix de vente ou chose que l'accipiens s'est procuré avec l'argent reçu ; d'autres pensent au contraire, avec beacoup plus de raison selon nous, que le lésé ne peut, dans les cas de cette nature, que réclamer la valeur de l'objet acquis à l'origine.

Enfin, en Allemagne comme chez nous, l'action en répétition pour enrichissement sans cause reste,comme son ancêtre, la *condictio sine causa* du droit romain (2),une *action personnelle*. On ne saurait donc attribuer au lésé la propriété des indemnités acquises en place de la chose ; sans doute le vœu de la loi allemande est que la restitution s'opère en nature ; mais cette restitution ne saurait faire échec aux intérêts des créanciers de l'enrichi qui ont sur ces indemnités les mêmes droits que le lésé lui-même, le lésé n'étant,lui aussi, que créancier de la valeur de l'objet aliéné.

On voit donc combien est discutable l'opinon qui prétend que l'article 818 consacrerait d'une façon générale la subrogation dans la revendication des biens isolés. Une dernière raison nous conduira à abandonner totalement ce système ; si le Code avait voulu admettre une subrogation aussi générale, il est bien évident qu'il aurait respecté, comme il l'a fait par exemple dans la pétition d'hérédité (art. 2019), les droits des tiers de bonne foi. Ce désaccord entre les articles 816 et 818 d'une part et 2019 d'autre part,

(1) *Commentaire du Code civil allemand*, art. 818, § 2. — Y voir la liste des auteurs cités pour ou contre l'opinion indiquée.

(2) Voir Girard, *Manuel*, p. 608 *in fine* (La *condictio* est une action personnelle et de droit strict), et *Commentaire du Code civil allemand*, art. 812.

montre bien que ces deux textes n'ont pas un fondement commun et que la subrogation de l'article 2019 n'est pas l'application d'une règle plus générale qui serait posée par l'article 818 (1).

Cet article 818 écarté, au moins à titre de solution complète de la question, il reste que la subrogation réelle a lieu, comme chez nous, chaque fois qu'il s'agit de la restitution d'une hérédité ou d'une universalité et exceptionnellement lors de la réclamation de biens isolés.

1° En laissant de côté l'article 2111, que nous avons déjà indiqué, une hérédité peut faire l'objet d'une réclamation en bloc, c'est la pétition d'hérédité ; elle peut également avoir été cédée à un tiers. Dans ces deux hypothèses, pétition ou cession d'hérédité,la subrogation va intervenir pour fixer la consistance du patrimoine à restituer.

« L'article 2019 (2), alinéa 1, est ainsi rédigé : « On considère comme appartenant à la succession ce que le possesseur de l'hérédité a obtenu par un acte juridique avec les moyens de la succession. » L'alinéa 2 a trait à la protection des tiers contre les effets de cette subrogation. Cet article consacre donc le principe de la subrogation réelle dans la pétition d'hérédité (3).

Le premier projet décidait bien qu'en présence de l'action en pétition d'hérédité la succession devait être considérée comme un tout et restituée avec toutes les transformations que lui avaient fait subir les actes juridiques du possesseur. Mais il n'allait pas jusqu'à décider que l'héritier devenait

(1) C'est justement ce désaccord qui embarrasse Demogue, *op. cit.*, p. 63, note 1.

(2) Comp. aussi art. 2041 qui fixe le montant de la succession au cas de pluralité d'héritiers.

(3) *Commentaire*, art. 2019, § 1 et 2.

ipso jure propriétaire des objets acquis par le possesseur, et son action avait plutôt le caractère d'une action personnelle en restitution que d'une action réelle. La seconde commission lui a donné un autre caractère et un effet réel. Cet effet consiste en ce que les choses acquises par le possesseur font partie de la succession et par suite deviennent directement la propriété de l'héritier, qui peut les revendiquer lorsqu'il a ratifié la subrogation.

Cette subrogation a une portée très étendue ; tout ce qui peut être considéré comme la contre-prestation de l'aliénation d'un objet de la succession y est soumis ; il suffit pour cela qu'il existe un lien juridique entre les moyens de la succession et l'acquisition faite grâce à eux.

β) L'article 2374 décide que l'hérédité est vendue telle qu'elle se trouve au jour du contrat. La cession comprend par suite non seulement les choses de la succession, mais encore tout ce qui a pris la place d'un bien successoral, soit « en vertu d'un droit appartenant à la succession », soit à titre d'indemnité « pour la destruction, l'enlèvement ou la dégradation d'un objet de la succession », soit « au moyen d'un acte juridique qui se rapportait à la succession ».

2° L'article 2164, alinéa 2, admet une subrogation restreinte au cas de legs d'une chose isolée. Il décide que si cette chose a été détruite en partie ou en totalité, et qu'il existe à raison de cette destruction une action en indemnité contre un tiers, cette action est considérée, par voie de subrogation, comme faisant partie du legs et comme appartenant au légataire.

De ce rapide exposé de la théorie du droit allemand, il résulte jusqu'à l'évidence que nos voisins ont conçu d'une façon générale l'idée de subrogation et qu'ils ont fait à notre institution une place extrêmement large dans leur législation.

§ 2. — Le droit civil suisse et les autres législations étrangères.

Nous ne trouverons pas dans le droit civil suisse, ou dans le droit étranger une théorie d'ensemble de la subrogation réelle analogue à celle du Code civil allemand. Le nouveau Code civil suisse de 1907-1912 ne renferme dans aucun article une formule générale embrassant tous les cas de cette subrogation. L'ancien Code fédéral des obligations de 1881 ne semble pas avoir fait grand cas non plus de l'idée de subrogation. Il ne consacre à la subrogation personnelle que de très courtes dispositions (art. 126, Code féd. et art. 110 Code revisé), il n'admet que la subrogation légale et repousse en principe la subrogation conventionnelle ; quant à la subrogation réelle, il n'en parle même pas.

On ne trouve pas non plus de définition de notre institution dans le Code civil espagnol de 1889, dont la rédaction, quoiqu'inspirée du texte de la loi française, était cependant plus soignée et plus scientifique.

Notre tâche se réduira donc à grouper sous un certain nombre de chefs principaux : 1° subrogation aux droits réels d'usufruit ou d'hypothèque, 2° subrogation dans les fondations, 3° subrogation au cas d'absence, les solutions éparses que nous pourrons découvrir dans les législations étrangères autres que le droit allemand.

a) *Subrogation aux droits réels d'usufruit et d'hypothèque.* — Une chose grevée d'un droit d'hypothèque ou d'usufruit vient à disparaître, mais est ensuite remplacée par une indemnité correspondante. Est-ce que le droit réel d'usufruit ou d'hypothèque se trouve transporté sur cette indemnité ?

C'est une question que le Code français n'avait pas tran-

chée ; cette lacune de notre législation a été comblée par la loi du 19 février 1889 en ce qui concerne l'hypothèque ; mais pour l'usufruit, la question reste encore soumise à la pure appréciation de la doctrine et de la jurisprudence.

Les Codes étrangers, au contraire, nous fournissent sur cette difficulté des indications intéressantes.

1° *En ce qui concerne le droit d'hypothèque.*

En Belgique, l'importante loi hypothécaire du 16 décembre 1851, qui a modifié tout le titre XVIII de notre Code civil, porte dans son article 10 : « Lorsqu'un immeuble, des récoltes ou des effets mobiliers auront été assurés, soit contre l'incendie, soit contre tout autre fléau, la somme qui en cas de sinistre se trouvera due par l'assureur devra, si elle n'est pas appliquée par lui à la réparation de l'objet assuré, être affectée au paiement des créances privilégiées ou hypothécaires, selon le rang de chacune d'elles Il en sera de même de toute indemnité qui serait due par des tiers en raison de la perte ou de la détérioration de l'objet grevé de privilège ou d'hypothèque. » La loi du 11 juin 1874, sur les assurances, consacre à la question de l'attribution des indemnités ses articles 6, 7 et 8.

En Italie (1), le Code civil de 1865-1866 consacre à notre matière son article 1951 : « Si les choses sujettes à privilège ou hypothèque ont péri ou ont été détériorées, les sommes dues par ces assureurs à titre d'indemnité de la perte ou de la détérioration, sont affectées au paiement des créances privilégiées ou hypothécaires suivant leur rang, à moins que les dites sommes n'aient été employées à réparer la perte ou la détérioration.

(1) Les Codes civils italien, espagnol et portugais sont cités d'après les traductions de la collection Pedone, éditeur.

« Sont également affectées au paiement des dites créances les sommes dues pour cause d'expropriation forcée ou de servitude établie par la loi. »

Le Code portugais de 1867 (art. 891) admet également que le droit d'hypothèque s'étend : 1° aux indemnités dues par les assureurs ; 2° aux indemnités dues à raison d'expropriation ou de dommages causés.

Le Code civil espagnol de 1889 (art. 1877) décide que l'hypothèque s'étend au montant des indemnités accordées ou dues au propriétaire par les assureurs des biens hypothéqués, ou par l'expropriant en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique.

En Suisse, l'article 882 du nouveau Code civil protège d'une façon aussi simple qu'efficace les droits des créanciers hypothécaires (1). « Les indemnités d'assurance exigibles ne peuvent être payées au propriétaire que du consentement de tous les créanciers ayant un droit de gage sur l'immeuble » (art. 882, al. 1).

Les créanciers pourront alors poser au propriétaire leurs conditions et exiger s'il y a lieu un remboursement proportionnel de leurs créances. Toutefois les créanciers ne peuvent s'opposer à ce que le propriétaire affecte l'indemnité au rétablissement de l'immeuble ; tout ce qu'ils peuvent demander, c'est que des mesures soient prises pour assurer un emploi convenable de cette indemnité. C'est ce que décide la fin de notre article : « Elles (les indemnités d'assurance) sont cependant versées contre sûretés suffisantes au propriétaire pour le rétablissement de l'immeuble grevé. »

2° *En ce qui concerne l'usufruit* :

Le Code civil portugais de 1867 consacre la subrogation :

(1) Voir *Commentaire du droit suisse*, par Virgile Rossel, t. II, p. 229.

1° de l'indemnité d'assurance à la chose grevée d'usufruit, à condition toutefois que l'usufruitier ait contribué avec le nu-propriétaire au paiement des primes (art. 2246) ; 2° de l'indemnité d'expropriation qui doit être employée en placements sûrs dont le capital appartiendra au nu-propriétaire, et dont l'usufruitier touchera les intérêts.

C'est encore à la thèse de la subrogation que se rallie le *Code civil espagnol* (art. 518). « Si l'usufruitier, décide-t-il, participe avec le propriétaire à l'assurance d'un immeuble donné en usufruit, il continuera, en cas de sinistre, à jouir du nouvel édifice que l'on reconstruirait, ou bien il percevra les intérêts du prix de l'assurance si la reconstruction ne convient pas au propriétaire. » Les alinéas 2 et 3 prévoient le cas où l'assurance a été contractée par l'usufruitier ou par le propriétaire seul.

Le projet de *Code civil japonais*, dû à M. Boissonade, a résolu la question d'une façon très complète.

Les articles 111 et 112 étendent le droit d'usufruit aux indemnités d'assurance ou d'expropriation. Les articles 94 et 95 indiquent d'une façon presque trop minutieuse, comment la charge de l'assurance sera supportée par le propriétaire ou par l'usufruitier ; en principe, celui qui a fait l'assurance de la chose et l'avance des primes a le droit de les prélever sur le montant de l'indemnité.

Si nous passons maintenant au *droit suisse*, nous constaterons (1) que le nouveau Code civil déclare d'une façon générale qu'au cas de remploi de la chose grevée d'usufruit, soit à la suite du remboursement de la créance, soit à la suite de la destruction de la chose, suivie du versement d'une indemnité, les droits de l'usufruitier et du nu-pro-

(1) Voir Virgile Rossel, t. II, p. 160.

priétaire s'exercent sur la chose acquise en remploi, comme sur la chose elle même (art. 774 et 750 comb.).

L'article 750 (1) décide : « Le propriétaire n'est pas tenu de rétablir la chose détruite ; s'il la rétablit, l'usufruit renaît. L'usufruit s'étend à la contre-valeur qui a remplacé la chose détruite, notamment en cas d'assurance et d'expropriation pour cause d'utilité publique. »

b) *Subrogation des biens affectés à des fondations.* — Le droit étranger va nous permettre de préciser la condition juridique des biens affectés à des fondations en nous montrant que presque toujours ces biens ne sont indisponibles que dans leur valeur, et que par suite leur aliénation sous certaines conditions (remploi ou échange) reste possible.

Remontons tout d'abord à la *législation romaine* qui est la mère commune de beaucoup de législations modernes.

Les fondations ont été également connues du droit romain, mais moins tôt qu'on ne pourrait le croire, elles sont en effet presque complètement étrangères au droit païen, et ne se sont développées que dans le droit chrétien (2). A cette époque on reconnaît la personnalité juridique au profit des établissements du culte (églises et couvents), au profit aussi d'œuvres charitables (*piae causae*). On discute aujourd'hui sous quelle forme ces fondations étaient organisées (3).

(1) *Ibid.*, t. II, p. 135.

(2) Girard, *Manuel*, p. 234.

(3) Senn, *Cours de pandectes*, 1909-1910. Nancy, 9e leçon. M. Senn, lui, admet que ces fondations se réalisaient sous la forme corporative. — Voir sur cette question : 1° Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3e éd., p. 216 et 163, et bibliographie de la question dans les notes de ces deux pages.

2° Saleilles, Etude sur l'histoire des sociétés en commandite, *Annales de droit commercial*, 1895, p. 77 et p. 153.

3° Saleilles, *Personnalité juridique*, p. 143 et suiv., soutient que

Consistaient-elles dans des masses de biens directement affectés à un office déterminé, sans autre sujet de droit que le but de l'œuvre idéalisé, ce qui est la fondation proprement dite ? Se réalisaient-elles au contraire sous la forme de la corporation ? C'est une question très délicate que nous n'avons pas la prétention de trancher ici. Du reste, pour nous, elle a peu d'importance ; de toute façon nous nous trouvons en présence de biens affectés au culte ou à une œuvre pieuse, de biens confiés à de pieuses congrégations, *domus quae piis consortiis deputatae sunt* (1), déclare un texte du Code de Justinien. Et c'est la condition juridique de ces biens qu'il nous faut maintenant préciser. Or ceci, nous sera relativement facile, en présence des textes du Code. Les biens d'église (et sous cette expression très large nous comprendrons, non seulement les biens du culte, mais encore les biens qui étaient confiés à l'église, pour les affecter à des œuvres pieuses) sont en principe inaliénables (2). Toutefois l'aliénation en est permise à titre exceptionnel, lorsque cette aliénation est nécessaire, et présente une certaine utilité pour l'œuvre, *propter aliquam necessitatem utilitatemque*. L'aliénation sera, par exemple, permise au cas d'une transformation ou au cas de réparations urgentes, elle sera également valable chaque fois qu'elle aura le caractère d'un échange *(permutatio)* ou qu'elle aura été suivie d'un

la fondation romaine « se compose bien d'un patrimoine appartenant à une personne idéale en dehors de toute idée corporative » Il repousse également la thèse parfois soutenue et en vertu de laquelle les patrimoines des fondations romaines n'auraient pas eu une existence autonome, et auraient été absorbés dans le patrimoine général de l'Eglise.

(1) Code I, 2, *de sacrosanctis ecclesiis*, loi 22, pr.

(2) Code I, 2, *de sacrosanctis ecclesiis*, loi 17 et loi 24 (traduction latine).

remploi en des biens plus utiles à la fondation (*in adquisitionem emptionemque alius rei quae utilior iis et magis necessaria sit*).

Il est bien évident que les nouveaux biens acquis en échange ou en remploi étaient, comme les anciens, affectés au culte ou aux œuvres pieuses, et en prêtant aux jurisconsultes romains une terminologie (qui ne fut du reste jamais la leur) on peut aujourd'hui expliquer ce résultat par l'idée de subrogation.

Le droit musulman est encore très voisin de cette législation du Bas-Empire (1). Les biens « habous » sont des biens affectés à des œuvres pieuses musulmanes ; la constitution des biens habous n'est, en fin de compte, que l'affectation d'un bien en propriété ou en jouissance à un usage pieux ; c'est, si l'on veut, une fondation au sens moderne du mot (2). Les biens habous sont en principe inaliénables ; pourtant cette indisponibilité n'est pas absolue, au moins en Tunisie (*rite hanéfite*), l'aliénation est permise dans certains cas. Tout d'abord les jurisconsultes ont admis la possibilité de la vente d'une partie d'une construction habous en ruine pour réparer la seconde partie et acheter en remploi du prix, défalcation faite des frais de réparation, un autre immeuble dont les revenus devaient avoir la même affectation qu'avaient ceux de la partie aliénée. Mais bien plus, d'une façon générale on est parvenu à éluder l'inaliénabilité du habous ; peu à peu la pratique autorisa l'échange, puis la vente des habous à charge de remploi. Jusqu'au dé-

(1) Voir sur cette question Morand, *Etudes de droit musulman*, p. 226 et suiv., p. 252.

(2) Voir Gaudriani et Thiaucourt, *Tunisie (législation)*, Paris, 1910, p. 49 et 226, nos 208 et suiv., nos 999 et suiv.

cret beylical du 31 janvier 1898, cette aliénation était subordonnée à l'approbation du cadi, tuteur légal des fondations habous ; de plus, ces biens étant considérés comme des biens de mineurs, ne pouvaient être vendus qu'au double de leur valeur. Toutes ces conditions ont été simplifiées par le décret du 31 janvier 1898 qui admet l'aliénation d'un habous contre acquisition d'un bien d'une valeur au moins égale. Ce décret beylical de 1898 est non seulement intéressant au point de vue de la législation tunisienne, mais, de plus, il est à retenir dans une étude de ce genre, comme étant le procédé par excellence, qui permet de concilier avec les progrès économiques le respect des fondations privées.

En Angleterre (1), les fondations, qui sont en fait très répandues, se réalisent au moyen d'un procédé original, qui est la remise de la jouissance des biens aux mains de fidéicommissaires, « les trustees » chargés du service de la fondation. Les trustees sont, à la fois, les propriétaires des choses faisant partie de la fondation et les administrateurs de cette fondation. Généralement ils ne forment pas entre eux une personne morale. En théorie, la fondation anglaise n'est donc qu'une simple propriété individuelle grevée d'affectation. Mais, en fait, il existe bien un patrimoine de fondation distinct du patrimoine personnel des trustees, patrimoine qui a pour sujets de jouissance l'œuvre elle-même et tous ses bénéficiaires (2).

Les biens composant les « charities », ne sont pas en principe inaliénables ; ils seront aliénables avec l'autorisation de la « Charity-Commission » (organe de surveillance de la

(1) Escarra, *Fondations en Angleterre*, thèse Paris, 1907, p. 231.
(2) Escarra, p. 376.

fondation). Cette commission doit probablement (1) pouvoir subordonner cette aliénation à l'exigence d un remploi et grever les biens ainsi acquis de la même affectation charitable.

En Suisse, la fondation est réglementée par les articles 80 à 89 du nouveau Code civil. L'article 80 la définit ainsi : « La fondation a pour objet l'affectation de biens en faveur d'un but spécial. » Comme en droit allemand, la fondation suisse ne repose pas sur la tête d'une personne physique ou morale, elle consiste directement dans l'affectation d'un patrimoine à un but spécial et licite, le but personnifié étant considéré comme le seul sujet de ces biens. La loi suisse ne frappe pas les biens des fondations d'indisponibilité, elle décide simplement « que l'autorité de surveillance pourvoit à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur destination ». Nous croyons donc que cette autorité peut soumettre l'aliénation à l'exigence d'un remploi et affecter, par la suite, les nouveaux biens aux mêmes usages que les anciens (2).

En France, on propose de nous doter d'une loi sur les fondations, visiblement inspirée de la loi suisse et de la loi allemande. Ce projet réserve à l'organe de surveillance le droit de modifier et de transformer le but de l'œuvre ; *à fortiori* devrait-on reconnaître à cette autorité le droit d'autoriser, à charge de remploi, les aliénations des biens de la fondation (3).

(1) Escarra (p. 327) ne le dit pas d'une façon formelle, mais cette solution semble bien s'accorder avec l'esprit de la fondation anglaise.

(2) *Commentaire*, Virgile Rossel, t. I, p. 145 et 146.

(3) Voir l'article 13 du projet, *Bull Soc. Etudes législatives*, année 1909, p. 57 et 304.

c) *Subrogation au cas d'absence.* — La disposition de l'article 132 du Code civil, qui permet à l'absent de retour de revendiquer le prix de ses biens aliénés et les biens acquis en remploi, n'est pas spéciale au droit français, nous la trouvons également dans la plupart des législations d'origine latine. « Si après l'envoi en possession définitif, l'absent reparaît, ou si la preuve de son existence est démontrée, il recouvre ses biens dans l'état où ils se trouvent, et il a le droit d'obtenir le prix des biens aliénés s'il est encore dû, ou les biens provenant de l'emploi du prix » (art. 39, Code italien).

La même disposition se retrouve dans le Code portugais (art. 80 et 94). « L'absent de retour peut réclamer le prix des biens aliénés et les choses acquises en remploi du prix de ces biens. » On la retrouve également dans l'article 194 du Code espagnol (1).

Sur tous les points examinés, les législations étrangères donnent des solutions voisines; de cet ensemble se dégage, si l'on veut, « un droit commun législatif » (2), dont la connaissance nous sera fort utile pour comprendre ou pour compléter le Code français.

(1) Voir aussi en ce sens, l'article 542 du Code hollandais, l'article 93 du Code du Chili, et l'article 662 du Code du Mexique.

(2) Selon la formule de M. Lambert. — Sur cette question, voir Demogue, *Notions fondamentales*, p. 268 et suiv.

CHAPITRE IV

COMPARAISON DES DOCTRINES NOUVELLES AVEC LA THÉORIE CLASSIQUE.

Lorsqu'on compare la théorie traditionnelle et les doctrines nouvelles, on ne saurait manquer d'être frappé par la *différence de méthode* qui sépare les deux écoles. Alors que nos anciens auteurs nous présentent toujours la subrogation comme un phénomène juridique abstrait, indépendant des causes qui le provoquent, les jurisconsultes modernes, après avoir dégagé les raisons d'être de notre institution, associent la subrogation aux réalités économiques dont elle n'est que la traduction, c'est-à-dire aux notions de valeur et de propriété d'affectation. La théorie de la subrogation ainsi comprise, devient de suite beaucoup plus claire ; aussi nous ne le cacherons pas, toutes nos préférences vont aux systèmes modernes.

Mais si des causes de la subrogation (causes que nous étudierons en détail dans nos titres II et III) nous passons à la théorie même de notre institution, nous constatons que le fossé qui sépare les deux opinions en présence est fort peu profond, et qu'il est aisé de le combler, en s'entendant une fois pour toutes sur les idées de fiction et de patrimoine.

§ 1. — La subrogation est-elle une fiction?

Nature juridique de la fiction. — C'est ici, semble-t-il, que se trouve le nœud du débat, le centre du combat où

adversaires et partisans de la théorie de la subrogation fictive bataillent avec acharnement La « subrogation est une fiction, donc de droit étroit », affirment tous les partisans de la théorie traditionnelle ; « la subrogation n'est pas une fiction, donc elle n'est pas de droit étroit », répondent les auteurs modernes.

Pour résoudre le problème, il faut au préalable :

1° Nous entendre sur le mot de fiction, nous demander le sens exact de cette expression dans la langue du droit ?

2° Rechercher si la fiction est toujours de droit étroit ?

a) « A Rome, comme le dit très justement Demogue (1), l'admission des fictions fut principalement la conséquence de deux choses : l'économie des moyens, le caractère conservateur du droit ». Pour élargir le domaine d'une action, le prêteur supposait que toutes les conditions exigées par la loi étaient remplies ; en organisant, par exemple, l'action publicienne (2), il supposait le délai de prescription accompli, et par là même étendait le champ de l'action en revendication sans l'intervention du législateur. En droit romain, la fiction consiste donc à étendre le domaine d'une règle de droit en négligeant une condition considérée jusque-là comme essentielle par le droit positif. Dans le droit moderne, au contraire, on désigne plutôt sous le nom de fiction une solution législative ou traditionnelle, qui semble en contradiction soit avec la nature des choses, soit le plus souvent simplement avec la technique courante.

A Rome, la fiction n'était guère qu'une extension naturelle et logique des principes du *jus civile* ; dans le droit

(1) Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, chap. V, *Les fictions*, p. 238.

(2) Girard, *Manuel de droit romain*, p. 348.

moderne, elle se présente plutôt comme une dérogation aux principes du droit positif. « La fiction, dit Ihering (1), est *un mensonge technique* consacré par la nécessité. » Mais en quoi consiste exactement ce mensonge ? Consiste-t-il dans la supposition d'un fait contraire à la nature des choses, ou simplement en contradiction avec le droit positif ?

Si par la nature des choses on désigne l'ensemble des lois physiques, sociales ou morales qui régissent l'humanité, on est bien obligé de reconnaître qu'il n'existe à proprement parler pas ou peu d'exemples de solutions qui lui soient contraires, et que presque toujours la fiction n'est en opposition qu'avec les règles techniques habituellement reçues (2).

Pour le montrer, passons rapidement en revue les principales fictions. On cite tout d'abord comme exemple de fiction (3) l'adage *infans conceptus pronato habetur, quoties de commodis ejus agitur* ; la fiction consiste à supposer né, vivant, capable d'être sujet de droits l'enfant simplement conçu qui n'a ni existence propre, ni personnalité. La mort civile, disait-on, était également une fiction, car elle consistait à dépouiller de sa personnalité, à rayer du nombre des vivants, le condamné qui physiquement existait encore, et n'avait perdu ni la faculté de penser, ni la faculté de vouloir.

On discute également sur le caractère de la personnalité reconnue par la loi aux personnes morales, cette personnification est-elle fictive ou réelle (4) ?

(1) Ihering, *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, t. IV, p. 295 et 296. — Voir aussi Toullier (t. IV, n° 189), qui déclare : « que la fiction, étant la supposition d'un fait contraire à la vérité, est indigne de la majesté du législateur ».

(2) Demogue, *op. cit.*, p. 234.

(3) Stora, thèse citée, p. 214.

(4) Les partisans de la théorie de la personnalité réelle soutiennent

Mais d'une façon générale, toutes ces solutions sont-elles en contradiction avec la nature même des choses ? Il nous semble que non ; ces décisions ne sont contraires qu'à l'idée que toute personne physique est forcément un sujet de droit et, qu'inversement, seule une personne physique peut être un sujet de droit, mais la vérité de ces axiomes est toute relative, et limitée au domaine de la science juridique.

L'article 739 du Code civil définit la représentation « une *fiction* de la loi dont l'effet est de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté ». La fiction est simplement ici une dérogation aux principes qui régissent la dévolution des successions ; l'enfant du successible décédé ayant droit à la part qu'il aurait eue s'il avait été d'un degré plus rapproché. C'est ce qu'exprime très clairement M. Huc (1) qui nie le caractère fictif de la représentation : « La fiction consisterait-elle en ce qu'une personne décédée revivrait en quelque sorte dans la personne de ses enfants, de façon qu'en droit, il faudrait considérer le représenté comme réputé vivant et comme réellement héritier (fait contraire à la nature des choses) ? Pas le moins du monde. Le législateur a pu, sans recourir à une fiction, envisager les droits qu'aurait pu avoir le successible s'il était mort après le *de cujus* et attribuer ces droits aux enfants de ce successible (fait simplement contraire aux règles normales des successions). »

que la personne morale possède une volonté propre, qui est composée des volontés individuelles de ses membres, mais qui en même temps est distincte de ces volontés. — Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 2e édit., p. 129 et suiv. ; Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1906 ; Gierke, *Genossenschaftstheorie*, 1910 ; Saleilles, *De la personnalité juridique*.

(1) Huc, *Commentaire du Code civil*, art. 739, t. V, p. 86.

Le droit romain s'était fait une idée étroite du rapport juridique : un acte juridique ne peut produire d'effets qu'entre les personnes entre lesquelles il a été originairement passé, et c'est pourquoi l'ancien droit romain n'admettait ni la représentation juridique, ni la cession de créance, ni la stipulation pour autrui qui sont autant d'atteintes au principe « de la personnalité du contrat » (1).

Le droit moderne, qui admet la possibilité de la représentation juridique, qui admet la validité de la cession de créance et celle de la stipulation par autrui, ne s'est pas entièrement affranchi de ces idées. Pour lui le principe de la personnalité du contrat est la règle ; il s'exprime toujours comme à Rome dans l'adage *Res inter alios acta...*, et par suite toute dérogation à ce principe a plus ou moins le caractère d'une fiction.

Si l'on ne considère pas les articles 1119 et 1121 comme consacrant une fiction, on considère néanmoins la « stipulation pour autrui » comme une règle exorbitante du droit commun, et l'on s'efforce généralement de l'y faire rentrer par une analyse subtile qui assimile la stipulation pour autrui, soit à une offre de contrat (2), soit à une gestion d'affaires (3), soit même à une manifestation de volonté unilatérale (4). Quant à la représentation juridique, on la

(1) Champeau, *Stipulation pour autrui*, thèse Paris, 1893 (V. conclusion). — Voir aussi Lambert, thèse sur *La stipulation pour autrui*, Paris, 1893.

(2) Demolombe, *Système de l'offre*, t. XXIV, nos 248 à 255 ; Laurent, t. XV, no 568.

(3) Planiol, *Système de la gestion d'affaires*, t. II, *Manuel*, no 1222, et auteurs cités par lui.

(4) *Sic* : René Worms, *De la volonté unilatérale*, thèse Paris, 1891, p. 114 et suiv.

considère le plus souvent comme une fiction en vertu de laquelle les actes faits par le mandataire sont censés faits par le mandant lui-même (*qui mandat ipse fecisse videtur*).

La subrogation qui consiste dans la substitution juridique d'une personne à une autre, d'une chose à une autre, est toujours considérée comme fiction. M. Baudry-Lacantinerie (1) résume sur ce point les idées courantes : « La subrogation personnelle, dit-il, est une *fiction juridique* par suite de laquelle une créance payée avec des deniers fournis par un tiers, par conséquent éteinte par rapport au créancier, est réputée subsister avec tous ses accessoires au profit de ce tiers, afin d'assurer l'efficacité de son recours pour le remboursement des fonds qu'il a avancés. » Ici encore, il ne s'agit pas d'une disposition contraire à la nature des choses mais d'une dérogation aux règles sur l'extinction des obligations, et il serait même possible de faire rentrer la subrogation dans le cadre ordinaire des principes en la considérant comme une cession volontaire ou forcée de la créance faite par le créancier au tiers.

Ces exemples (2) nous montrent que la fiction est toujours une dérogation aux principes généraux du droit.

C'est ainsi que Saleilles semble également comprendre la théorie de la fiction. « Il y a, dans toute relation juridique, écrit-il, une part de voulu et de convenu. Seulement

(1) Baudry-Lacantinerie, *Manuel de droit civil*, t. II, n° 277.

(2) Autres exemples de fictions : 1° la « rétroactivité de la condition » contraire à l'idée technique : que le contrat ne devient parfait qu'à l'arrivée de la condition ; 2° l'effet déclaratif du partage : contraire également à la conception courante que les droits divis de chacun ne naissent qu'au partage Ces fictions ne sont pas contraires à la nature des choses, mais simplement à la technique courante (V. Demogue, p. 243 et 244).

lorsque cette relation est d'accord avec les conceptions courantes, elle constitue une véritable réalité de droit. »

« Au contraire, la fiction est un effet de droit nouveau qui n'est pas en harmonie avec les faits juridiques préalablement admis. » Et c'est uniquement « parce qu'elle se produit par opposition aux productions naturelles du droit » que cette solution nouvelle n'a pas le caractère d'une réalité juridique au sens technique et spécial du mot.

Par suite, toute la question de savoir si la subrogation réelle est ou non une fiction se ramène à la suivante : la subrogation réelle contredit-elle actuellement les principes du droit positif ? C'est une question à laquelle il nous sera beaucoup plus facile de répondre à la fin de notre travail (1).

b) Mais dès maintenant, il nous faut résoudre une autre difficulté : en admettant que la subrogation réelle soit une fiction, est-elle forcément pour cela de droit étroit ? D'une façon plus générale, le législateur seul a-t-il le droit de créer des fictions ? La jurisprudence ne peut-elle en établir également (2) ?

« Il est de principe, affirme M. Laurent (3), que les fictions, *œuvre arbitraire du législateur*, ne peuvent produire d'autres effets que ceux que la loi y attache expressément... En matière de fiction, on ne raisonne pas par voie de principe et de conséquences. Il n'y a pas de principes en ces matières, il n'y a que des dispositions arbitraires qui ne peuvent pas être étendues ; car on étendant la fiction, on la

(1) Voir conclusion de notre travail.

(2) Demogue, *op. cit.*, p. 249. Il admet que la jurisprudence peut créer des fictions.

(3) Laurent (t. IV, n° 253) nous présente cette théorie générale à propos de l'adoption : la parenté adoptive étant pour lui une parenté fictive.

créerait, et l'interprète n'a pas ce droit. » Laurent reproduit, en l'aggravant encore (1), l'ancien adage déjà cité : *Legis est aut consuetudinis introducere fictiones non etiam hominis contra dispositionem legis.*

On pourrait répondre à M. Laurent, qu'en fait la jurisprudence n'a pas hésité à consacrer des fictions nouvelles lorsque celles-ci lui ont paru nécessaires (2) ; c'est ainsi qu'en pratique la personnalité morale de certains groupements a été admise par la doctrine et par la jurisprudence bien avant le législateur lui-même qui n'a adopté cette idée et employé ce mot que dans des lois toutes récentes. Mais de plus, l'argument fondamental du système de M. Laurent nous semble mauvais. La fiction n'est jamais une disposition arbitraire (3) du législateur ; sans doute elle est une dérogation à la technique habituelle, mais cette dérogation est justifiée par des motifs rationnels ; c'est ainsi que la reconnaissance de la personnalité morale aux sociétés a pour but de leur assurer une sphère d'activité juridique considérable, de faciliter les rapports entre la société et les tiers d'une part, entre la société et les associés d'autre part, d'augmenter par une bonne organisation de nos sociétés le développement commercial et industriel de notre pays.

(1) En l'aggravant, car l'adage ne semble défendre au juge que de créer des fictions en opposition avec la loi (ce qui est très naturel), tandis que M. Laurent n'admet même pas pour le juge le droit d'étendre les fictions légales par voie d'analogie.

(2) Demogue, *op. cit.*, p. 251.

(3) Il conviendrait de bien distinguer ce qui est « artificiel » et ce qui est « arbitraire ». Toute construction juridique est forcément artificielle, parce qu'elle est toujours un peu subjective. Mais elle n'est pas arbitraire, car elle se propose la réalisation d'un but bien défini (but moral, ou but social) qu'il semble à un moment donné nécessaire de réaliser.

Dans notre ancien droit, on disait déjà (1) que les fictions étaient introduites par la loi *ut per eas perveniatur ad justum et aequum*. Le législateur, en consacrant une fiction, a donc toujours en vue un but de « justice et d'équité » ; pourquoi l'interprète ne pourrait-il pas à son tour s'inspirer des mêmes pensées de justice et d'équité, pour consacrer, dans des hypothèses analogues à celles de la loi, des fictions nouvelles ?

Appliquons ces idées à notre sujet. La subrogation réelle est un procédé technique par lequel le législateur met en œuvre les idées de valeur et de propriété d'affectation ; que cette subrogation soit ou non une fiction, peu importe, il nous semble qu'il n'y a aucune bonne raison pour refuser aux tribunaux le droit de se servir d'un pareil procédé. Lorsque des époux affectent des biens soit à leurs besoins personnels, soit aux besoins de leur ménage, la loi donne son plein effet à ces stipulations au moyen de la subrogation.

Une hypothèse voisine de celle que le législateur a prévue, est soumise à l'appréciation de la justice, il s'agit d'affecter des biens non plus aux besoins de personnes mariées, mais à une œuvre, à une fondation (2). Le but à atteindre étant là encore identique, nous ne voyons aucune bonne raison pour empêcher le juge d'y arriver par les mêmes moyens que le législateur, c'est-à-dire en admettant la subrogation.

Notre conclusion sera donc la suivante : la subrogation, qu'elle soit ou non une fiction, n'est jamais de droit étroit.

(1) Hauteserre, *De fictionibus*, cap. III, n° 69.

(2) Voir les arrêts de Dijon et de la Cour de cassation, déjà souvent indiqués et cités dans la bibliographie.

non seulement nous reconnaîtrons au législateur le droit de créer la subrogation, mais même nous admettrons pour l'interprète le droit d'étendre cette subrogation par voie d'analogie chaque fois que les parties auront stipulé une clause d'affectation contractuelle (1). Nous admettrons donc également la possibilité de la subrogation réelle légale ou conventionnelle.

§ 2. — La subrogation se produit elle seulement dans les universalités ?

Nature juridique du patrimoine. — La subrogation se produit-elle seulement dans les universalités ? A-t-elle lieu également dans les biens isolés ? Autant de problèmes qu'il n'est guère possible de résoudre sans un examen rapide de la théorie du patrimoine.

a) Nous avons déjà indiqué dans ses grandes lignes la théorie d'Aubry et Rau (2) ; nous savons qu'ils considèrent le principe de l'unité et de l'indivisibilité du patrimoine comme la conséquence de la personnalité humaine et qu'ils en arrivent aux conclusions suivantes :

« Que les personnes physiques et morales seules peuvent avoir un patrimoine ».

« Que la même personne ne peut avoir qu'un patrimoine dans le sens propre du mot », sauf pour MM. Aubry et Rau à ajouter que notre droit reconnaît pourtant certaines autres universalités juridiques distinctes du patrimoine.

(1) A condition naturellement que cette clause d'affectation contractuelle soit elle-même licite, point que nous examinerons plus loin. — Voir notre chapitre I (titre II) de l'affectation contractuelle.

(2) Aubry et Rau, 4e édit., t. IV, § 573 et suiv.

Ce système d'Aubry et Rau est certainement fort bien construit, mais on lui a justement reproché son excès de logique (1) ; ce système est trop absolu pour pouvoir s'adapter sans difficulté à toutes les situations de la vie.

Reprenons successivement les deux corollaires qu'Aubry et Rau prétendent déduire du postulat de l'unité et de l'indivisibilité du patrimoine.

1° Est-il vrai que seules les personnes physiques et morales puissent avoir un patrimoine ? Il semble que le bon sens lui-même nous commande une réponse affirmative. Comment, en effet, concevoir un patrimoine qui ne reposerait pas sur la tête d'un individu déterminé : personne physique ou au moins être de raison personnifiant un groupe de personnes physiques ?

Mais en pratique, il est des cas où l'on se trouve en présence de situations beaucoup plus complexes ; il est parfois difficile, sinon impossible, de déterminer les individus dont l'ensemble compose la personne morale. Prenons par exemple un hôpital (2). Qui en est propriétaire ? Sont-ce les médecins, infirmiers, administrateurs chargés du service de l'hôpital ? Non, car ils sont plutôt des employés que des propriétaires de l'hôpital ; ils peuvent se remplacer les uns les autres sans que l'œuvre en soit modifiée. Sont ce les malades ? Non encore, car les malades ne font que passer à l'hôpital, leur passage dans cet établissement n'a même

(1) Voir Gény, *Méthode d'interprétation*, pp. 126 et 128. — Voir aussi Gazin, *Thèse sur la notion du patrimoine*, Dijon, 1910.

(2) C'est l'exemple cité par Savigny, traduction Guenoux, t. II, p. 242, note 6. — Voir cet exemple rapporté par Planiol, *Manuel*, t. I, n° 3030, note 1, et par Thaller, *Manuel de droit commercial*, 3e éd., p. 163, n° 278 ; pour Savigny, les malades ne sont que l'objet de la fondation, « le véritable sujet de droit est donc une abstraction personnifiée ».

pas le caractère d'une détention, au sens juridique du mot. Comment alors parler pour eux de propriété alors qu'ils sont beaucoup plus les objets que les sujets de la fondation ?

On arrive donc à cette conclusion que l'hôpital est la propriété de l'œuvre, au sens abstrait, à laquelle il est affecté.

D'une façon générale, le droit allemand reconnaît la possibilité de ces patrimoines de fondation qui ne reposent sur aucune tête, qui n'ont pas pour sujet de droit une personne physique ou morale, mais une œuvre c'est-à-dire une conception abstraite de l'esprit. C'est la « Stiftung » (1), réglementée par les articles 80 à 89 du Code civil allemand, qui est une masse de biens affectée à un service déterminé et investie de la personnalité juridique.

Le droit français répugne encore à cette conséquence ; pour lui, le patrimoine de fondation doit toujours reposer sur la tête d'une personne physique ou morale à charge pour elle de l'affecter à l'œuvre instituée par le disposant. Mais le droit français, comme le fait très justement observer M. Saleilles (2), se rapproche insensiblement des solutions de la législation allemande ; un arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 1902 (3) admis la validité du legs fait à plusieurs légataires à

(1) Sur la Stiftung, voir bibliographie et renseignements sommaires dans Planiol, *Manuel*, t. I, n° 3030, et t. III, n° 3347. Les Allemands opposent à la suite de Savigny au patrimoine de fondation (Stiftung) le patrimoine de corporation (Körperschaft) ; Savigny, traduction Guenoux, pp. 240 et 241.

(2) Saleilles, note S. 1903.1.321 (introduction à la note).

(3) Cass., 12 mai 1902 (affaire de l'hospice de Finestret), D. 1902.1. 245, P. 1903.1.121, S. 1905.1 137. Voir les remarquables conclusions de M. le procureur général Baudouin.— Voir aussi comme exemple de

charge de constituer entre eux une sorte de société civile ou d'association de longue durée chargée de diriger et d'administrer l''œuvre en question. Nous sommes bien près cette fois de l'idée de fondation directe constituée par le seul fait de l'affectation d'un patrimoine légué par le testateur ; les prétendus légataires n'apparaissent guère que comme les futurs gérants de la fondation. « Sans doute dans la rigueur du droit, les biens continuent à leur appartenir,mais on dira bientôt qu'ils sont la propriété d'une association destinée à réaliser le but de la fondation et en fin de compte, comme dernier terme de cette évolution, la propriété se détachera de l'association pour se concentrer dans l'idée de but (1). »

Le droit français, comme le droit allemand, finira donc un jour par admettre la possibilité d'un patrimoine n'ayant pas pour sujet une personne physique ou morale ; et ce jour-là la théorie d'Aubry et Rau sera inexacte, chez nous, comme elle l'est déjà chez nos voisins : ce jour-là il y aura en effet des patrimoines qui ne reposeront plus sur aucune tête.

2° Voilà déjà une première critique que l'on peut faire à la théorie d'Aubry et Rau ; mais on peut lui adresser également un autre reproche. Est-il vrai qu'une personne ne possède jamais qu'un seul patrimoine ? Est-il vrai que le nombre des universalités de droit soit strictement limité par la loi et que les parties ne puissent, par leurs conventions,créer de nouvelles universalités (2) ? La pratique sem-

fondation constituée au moyen de l'Association : *Académie littéraire*, fondée par Ed. de Goncourt, Paris, 1er mars 1900, *Gaz. Pal.*, 1900. 1.608, D. 1905.2.78.

(1) Saleilles, note citée plus haut.

(2) Voir Saleilles, note S. 1894, cité dans la bibliographie, article *Revue bourguignonne*, également cité.

ble ici encore en contradiction avec ces conséquences trop absolues d'un système trop logique. Personne ne conteste sérieusement aux biens constituant une fondation le caractère de patrimoine (1) ; ces biens ne se confondent pas avec les autres biens de la personne à laquelle cette charge est imposée ; même entre ses mains ils constituent un patrimoine propre, distinct du patrimoine général.

On revendique également pour le fonds de commerce le caractère d'*universitas juris*, de patrimoine commercial séparé du patrimoine personnel du commerçant (2)

Certains auteurs ont réclamé pour la dot le même caractère patrimonial (3). La loi sur le bien de famille a permis de créer un petit patrimoine à part, insaisissable et soustrait par là même au droit de gage que les créanciers possèdent sur le reste du patrimoine. Ne parle-t-on pas également, à propos de la loi du 13 juillet 1907, de biens et même de patrimoine réservés (4) ?

Toutes ces discussions nous montrent que la théorie d'Aubry et Rau ne satisfait plus complètement les exigences de la pratique moderne. Elle associe trop étroitement deux conceptions qui ne sont pas toujours forcément liées l'une à l'autre : la personnalité et le patrimoine. Sans doute ces deux idées ont entre elles des rapports, comme le disent très bien les auteurs allemands,« la personne est économiquement connue par son patrimoine » (5) ; mais le patri-

(1) Saleilles parle toujours de patrimoine de fondation.

(2) V. en France : Magnin, Essai sur le nantissement des fonds de commerce, *Annales de droit commercial*, 1887, p. 467 et suiv.

(3) Bartin, D. 1901.1.149 : la dot constitue un patrimoine.

(4) Gazin, thèse citée, p 295.

(5) D mogue, *Notions fondamentales*, p. 399. Il cite comme auteur de cette définition : Berolzheimer, *Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, t. IV, p. 30.

moine n'est pas forcément toujours un et indivisible comme la personne elle-même ; on peut concevoir un patrimoine, n'ayant pas pour sujet (de jouissance) (1) un être physique ou moral ; inversement, une personne peut avoir plusieurs patrimoines, un patrimoine général gage commun de ses créanciers, et de petits patrimoines qui, ayant un but spécial, échappent par là même plus ou moins au droit de gage des créanciers.

De nouvelles constructions de la théorie du patrimoine ont été proposées en Allemagne et en France (2) ; on considère comme constituant *un patrimoine tout ensemble de biens envisagé dans sa valeur pécuniaire et affecté à un usage déterminé* (3). Toute masse de biens, ayant un but spécial et une affectation propre, constituerait, selon ce système, un patrimoine : on reconnaîtrait donc à la dot, aux propres et à la communauté, au bien de famille, aux biens réservés, au fonds de commerce, le caractère patrimonial.

(1) Demogue, *De la notion de sujet de droit*, *op. cit.*, p. 320 ; Demogue distingue entre le sujet de jouissance et le sujet d'exercice. Seule naturellement, une personne physique peut être sujet d'exercice (ou de disposition). Mais le sujet de jouissance peut être aussi bien que l'homme : un animal, une œuvre.

(2) Voir surtout en France : thèse de Gazin, déjà citée. Voir au début de cette thèse la bibliographie des auteurs allemands. — Voir surtout en Allemagne, *Brinz Pandekten*, 2e éd., t. I, p. 202, § 61. « Là où il n'y a personne à nommer comme possédant un bien, il doit y avoir quelque chose pour qui le bien existe. Il existe pour un but, il y a en lui la pensée immuable du but, et en conséquence nous appelons ce bien Zweckvermögen, ce que l'on traduit chez nous par patrimoine d'affectation. »

(3) Voir la formule adoptée par M. Gazin : « Le patrimoine est un ensemble de biens dont l'affectation commune imposée par la loi, ou par la volonté des particuliers, fait un tout cohérent et plus ou moins autonome, vis-à-vis d'autres masses de biens dont la destination n'est pas la même. »

b) Mais quel intérêt y a-t-il à discuter, si une masse de biens constitue ou non un patrimoine? La controverse présente surtout de l'importance au point de vue du passif : « L'intérêt de la division des biens en plusieurs patrimoines réside dans la *séparation des dettes* qui accompagne chaque spécialisation d'une masse de biens » (1) ; au point de vue actif, l'intérêt se réduit à la détermination des cas où se produira la subrogation.

Deux hypothèses sont à envisager : 1^er^ *Cas. Biens affectés à un usage déterminé.* — La subrogation se produit chaque fois que l'on se trouve en présence de « valeurs d'affectation » (2). Pour que la subrogation se produise dans cette situation, deux conditions sont nécessaires : il faut que les biens soient envisagés dans leur valeur pécuniaire et affectés à un but déterminé ; mais nous avons vu que, dans la théorie moderne, ces biens constituaient justement une universalité ; on est donc en droit de dire que la subrogation se produira chaque fois que l'on se trouvera en présence d'un patrimoine d'affectation.

Entre la théorie classique, qui soutient que la subrogation ne se produit jamais que dans les universalités, et le système de Demogue qui consacre la subrogation chaque fois que l'on se trouve en présence de « valeurs d'affectation », il n'y a, en réalité, qu'une différence d'étiquette. Si l'on admet la conception moderne du patrimoine, on peut dire à volonté que la subrogation se produit chaque fois que l'on se trouve en présence de « valeurs d'affectation » ou de patrimoines d'affectation, ces deux expressions étant désormais synonymes.

(1) Gazin, thèse citée, p. 363.

(2) C'est la formule adoptée par M. Demogue, *Subrogation réelle*, p. 14.

Remarquons que l'arrêt de la Cour de cassation que nous avons déjà cité (1) ne contredit en rien cette manière de voir : il admet sans doute la subrogation pour un seul bien, mais rien n'empêche que le patrimoine de fondation ne soit composé que d'un seul bien, du moment que ce bien est envisagé dans sa valeur pécuniaire ; ce qui était le cas dans l'espèce qu'avait à trancher la Cour suprême.

2e *Cas. Biens soumis à restitution.* — Ici, nous le reconnaissons, la controverse est plus sérieuse ; entre le système de Planiol, en conformité sur ce point avec l'opinion traditionnelle, et le système de Demogue, il y a une différence importante ; nous nous proposons de trancher ce différend au début de notre titre III.

Mais, dès maintenant, nous pouvons annoncer que nous n'admettrons cette subrogation qu'en présence de biens envisagés dans leur valeur pécuniaire et constituant des universalités de fait ou de droit.

Il nous reste à dégager la conclusion de cette étude. La notion du patrimoine comme la notion de fiction sont des conceptions trop étroites. Au point de vue actif, — le seul qui nous intéresse ici, — on doit considérer comme constituant un patrimoine tout bien ou tout ensemble de biens affectés à un usage déterminé et admettre par suite la subrogation réelle, chaque fois que l'on se trouvera en présence d'un patrimoine de ce genre soumis à affectation ou grevé d'une obligation en restitution. C'est ainsi que l'on peut élargir le champ de la subrogation sans trop s'écarter de l'opinion courante.

(1) Cass. civ., 29 avril 1901, cité dans la bibliographie, S. 1903.1. 321, D. 1902.1.33.

§ 3. — Des effets de la subrogation et des différentes qualités juridiques qui affectent les biens.

On se rappelle que, pour nos anciens auteurs, la subrogation avait pour effet de transférer à un bien certaines qualités juridiques appartenant à un autre bien, mais quelles qualités étaient ainsi transmises par voie de subrogation ? Comment et pourquoi s'opérait ce transfert ? Autant de questions que nos anciens auteurs n'ont jamais bien résolues, et qu'il nous faut maintenant solutionner.

a) Dans un but d'ordre technique, le législateur est amené à nous présenter une classification juridique des choses et des biens (1), à faire ce que le Code français appelle « la distinction des biens » (2). Il y a lieu, en effet, de répartir les choses en diverses catégories, parce que les mêmes règles ne sont pas indistinctement applicables à toutes, ni pour la manière de les aliéner et de les acquérir, ni pour les actes que chaque personne peut faire pendant qu'elle les possède (3).

Pour faire cette classification, pour attribuer à un bien telle ou telle qualité juridique, le législateur tient compte surtout de ses qualités physiques, du rôle économique qu'il est susceptible de jouer. C'est ainsi que pour répartir les choses en meubles ou immeubles, le législateur moderne s'attache à une considération d'ordre matériel, « au caractère purement physique de la mobilité » (4), ou faculté qu'une

(1) Les biens, au sens exact du mot, ne sont que les choses susceptibles d'appropriation. Planiol, I, n° 2170.

(2) Intitulé du titre premier du livre II du Code civil.

(3) Planiol, *Manuel*, I, n° 2178.

(4) Planiol, *Manuel*, I, n° 2193.

chose possède de pouvoir être déplacée. L'ancien droit avait adopté une classification d'ordre plutôt économique : Les meubles étaient les objets périssables de leur nature, les immeubles les biens susceptibles de produire un revenu permanent et durable (1).

C'est encore à un point de vue matériel que l'on se place, lorsque traditionnellement on distingue les biens corporels, qui sont des choses que l'on peut sentir et toucher, et les biens incorporels, qui sont des droits, c'est-à dire des conceptions abstraites de l'esprit (2).

Les jurisconsultes adoptent enfin une classification qui rappelle par certains côtés la distinction que font les économistes entre le capital fixe et le capital circulant (3), c'est la classification des choses consomptibles et non consomptibles par le premier usage. Les choses consomptibles sont des choses dont on ne peut se servir sans les consommer, soit matériellement par une destruction, comme pour les boissons et autres denrées, soit juridiquement par une aliénation, comme pour la monnaie (4).

Toutes ces qualités de meubles ou d'immeubles, de choses consomptibles ou non consomptibles, de choses corporelles ou incorporelles, dépendent donc exclusivement de la nature physique ou économique des choses ; elles suivent donc forcément les choses en quelques mains qu'elles passent ; pour reprendre en la précisant la terminologie de nos anciens auteurs : ce sont « des qualités intrinsèques ».

(1) Définition donnée par M. Michon dans son cours de doctorat sur les origines de l'hypothèque. Nancy, 1909-1910.

(2) Sur les critiques que l'on fait à cette distinction, V. Planiol, I, n° 2176.

(3) Gide, *Cours d'économie politique*, p. 135.

(4) Planiol, *Manuel*, t. I, n° 2179.

Mais à côté de ces classifications des choses, faites en raison de leur nature physique, ou de leur rôle économique, il en est d'autres qui reposent uniquement sur la volonté des particuliers ou sur l'autorité de la loi présumant cette volonté. Ces classifications dépendent principalement de l'angle sous lequel les parties envisagent un bien, de la destination ou de l'affectation qu'elles désirent lui assigner ; ce sont les qualités que notre ancienne jurisprudence désignait du nom de « *qualités extrinsèques* ». Telle sera par exemple la qualité de chose fongible ou non, cette qualité dépendant principalement de la volonté des particuliers (1) ; c'est ainsi que les biens composant une universalité ont en principe le caractère de choses fongibles, la loi ou les particuliers n'envisageant cet ensemble que dans sa valeur pécuniaire. Toute question de savoir si une personne, qui a promis une certaine chose (un cheval par exemple), peut se libérer en donnant une chose analogue, doit toujours se résoudre par une distinction, il faut rechercher si l'obligation a pour objet la chose elle même ou sa valeur pécuniaire ; c'est sur cette distinction que repose l'importante classification des obligations en dettes ce genre et en dettes de corps certains (2).

La qualité de propre dans notre ancien droit était sans doute déterminée par la loi, mais en raison de l'affectation de ces biens à la famille. Cette classification n'était pourtant pas tout à fait indépendante de la nature des biens ; la loi considérait qu'il n'y avait d'utilité d'affecter à la famille que les immeubles qui seuls étaient des biens capables de se conserver indéfiniment et de se transmettre de génération

(1) Baudry-Lacantinerie, *Manuel de droit civil*, t. I, n° 1324-3°.
(2) Planiol, *Manuel*, t. I, n° 2182.

en génération sans jamais se détruire ; les immeubles seuls étaient par suite susceptibles de la qualité de propre de succession, les meubles ne pouvaient être qu'acquêts.

Les qualités de bien dotal, de bien propre dérivent uniquement de la volonté des particuliers, puisqu'il s'agit toujours d'affecter tel ou tel bien, soit aux besoins du ménage, soit aux besoins personnels des époux.

Les classifications entre biens dotaux et paraphernaux, entre biens propres et conquêts, dépendent de l'affectation qui leur est réservée, et nullement de leur nature physique ; un meuble aussi bien qu'un immeuble peut prendre la qualité de bien dotal ou de bien propre.

Ce que nous avons dit des qualités de bien dotal ou de bien propre, nous pourrions le répéter de toutes les autres qualités qui sont attribuées à des biens par la volonté des particuliers, comme par exemple, les qualités de bien de substitution, de bien de fondation. Toutes ces qualités n'expriment pas une manière d'être physique ou économique du bien, elles ne traduisent que son affectation à un usage déterminé.

b) Après cette analyse de la notion de qualité, il nous sera facile de déterminer la portée de la subrogation.

1^er^ *Cas* : *S'agit il d'une masse de biens sujette à restitution ?* — Les effets de la subrogation se réduisent à fort peu de chose. Lorsque des biens sont sujets à restitution, il arrive parfois que le défendeur soit tenu de rendre également des biens qui originairement ne faisaient pas partie du patrimoine en question et qui n'y sont entrés que plus tard comme représentant la valeur de biens aliénés. Dans ces conditions, on parle volontiers de subrogation réelle ; mais cette subrogation consiste simplement en ceci : le bien réclamé est censé avoir remplacé dans le patrimoine le bien

aliéné, et avoir pris comme lui la qualité de *res universitatis*, ou la qualité de chose fongible, qui est le caractère commun de tous les biens composant une universalité (1).

2e *Cas.* — Les effets de la subrogation sont au contraire plus compliqués, lorsqu'il s'agit de *biens soumis à affectation*, et c'est ici que nous allons faire intervenir notre distinction entre les différentes qualités qui peuvent affecter les biens.

Les qualités de meubles ou d'immeubles, de meubles corporels et incorporels, et d'une façon générale toutes les qualités qui sont attribuées à un bien, en raison de sa nature physique ou de son rôle économique, ne sont pas susceptibles de se transmettre par voie de subrogation, ces qualités suivent le bien originaire en quelques mains qu'il passe, mais inversement elles ne peuvent être transférées sur le bien nouveau qui remplace l'ancien dans le patrimoine où il se trouvait. « Car la mise en valeur de ce bien, son utilisation comme moyen de crédit peuvent, si sa nature physique est autre, être aussi toutes différentes (2) ».

C'est ainsi qu'un meuble ne sera pas susceptible d'hypothèque parce qu'il a été obtenu en échange ou en remploi d'un immeuble, car le droit d'hypothèque n'a été admis sur ces immeubles qu'en raison de leur fixité qui permet pour eux d'établir un système « de publicité » ; au contraire les meubles n'ont pas de situation fixe, il serait impossible pour eux d'organiser une publicité utile et de la centraliser dans un endroit déterminé (3), et c'est pourquoi un meuble,

(1) Planiol, note au Dalloz, 1902 1.33.

(2) Demogue, *De la subrogation réelle*, p. 16.

(3) Planiol, *Manuel*, t. II, n° 2706. — Voir les exceptions à cette règle que les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèque, nos 2707 et suiv.

même acquis en échange ou en remploi d'un immeuble, ne pourra jamais être hypothéqué. De même la capacité pour aliéner un bien ne dépendra que de la nature propre de ce bien. Peu importera la nature des valeurs qui ont servi à l'acquérir ; car les différences de formalité entre les ventes de meubles et d'immeubles, qui dans la pensée du Code s'expliquaient par l'adage *Vilis mobilium possessio*, se justifient aujourd'hui encore par la rapidité plus grande des transactions des valeurs mobilières, par les fluctuations plus fréquentes de la fortune mobilière ; toutes raisons qui commandent pour l'aliénation des meubles des exigences de formalités moins nombreuses. La qualité d'immeuble et par suite celle de chose hypothécable ne se transmet donc jamais par voie de subrogation, et les exceptions que l'on peut signaler à ce principe sont plus apparentes que réelles. L'article 94 de la Coutume de Paris avait simplement pour effet de transmettre à des meubles la qualité de propre, qui n'est nullement incompatible avec la nature mobilière d'un bien, et non pas la qualité d'immeuble avec tous ses effets (1). De même nous verrons que la loi de 1889, bien comprise, n'a nullement pour résultat de transporter le droit d'hypothèque de la chose incendiée sur l'indemnité d'assurance, mais simplement le droit de préférence qui est susceptible de s'exercer aussi bien sur une chose mobilière que sur une chose immobilière.

La jurisprudence (2) a aussi très bien jugé, par applica-

(1) Il est vrai que nos anciens auteurs n'arrivaient à ce résultat que par une immobilisation fictive des deniers. Mais il convient de remarquer que cette immobilisation (qui n'était du reste qu'incomplète) n'était nullement nécessaire pour expliquer ce résultat (V. *infrà*, tit. II, chap. II, § 2, de notre travail).

(2) Cass. civ., 12 avril 1902, D. 1904.1.389.

tion des mêmes idées, que la subrogation réelle résultant du remploi sous le régime dotal, ne pouvait avoir pour effet de transporter de plein droit sur les nouveaux immeubles les hypothèques conventionnelles qui grevaient les fonds aliénés.

2° Au contraire, il y aura subrogation, pour toutes les qualités qui n'ont été attribuées à un bien qu'afin de donner à la valeur que représente ce bien, aujourd'hui aliéné, telle ou telle affectation. C'est ainsi que les qualités de bien propre, de bien dotal, de bien de fondation, pourront se transmettre par voie de subrogation. Un bien dotal, par exemple, a été stipulé aliénable par contrat de mariage, mais à charge de remploi, le bien ainsi acquis en remploi sera forcément comme lui affecté aux besoins du ménage, et par suite prendra la condition de bien dotal. Peu importe que le nouveau bien soit un meuble, alors que le bien aliéné était immeuble, ou inversement ; la qualité de bien dotal (comme la qualité de bien propre, de bien de fondation) est tout à fait indépendante de la nature physique du bien, puisqu'elle n'exprime que son affectation aux besoins du ménage.

En résumé, nous dirons avec Demogue, qui ne fait du reste que reprendre en la précisant la distinction ancienne entre les qualités intrinsèques et extrinsèques (1) des choses, qu'il y a deux grandes catégories à faire entre les qualités qui affectent les biens. « Les unes sont établies par la loi, par la volonté des contractants, ou par celle d'un seul, mais toujours en vue de la valeur du bien, plus précisé-

(1) C'est à tort, selon nous, que Planiol, dans sa note au Dalloz citée, considère que la théorie de Demogue a rendu inutile la distinction « des qualités intrinsèques et extrinsèques ». Pour nous, Demogue ne fait, en la précisant, que reproduire cette distinction traditionnelle.

ment de l'affectation de cette valeur à un but déterminé ; pour elles, la subrogation réelle s'applique. Les autres, au contraire, visent le bien en lui-même, elles en facilitent la bonne administration, elles ont en vue sa valeur pour elle-même, sa parfaite adaptation au milieu. Celles-là sont inhérentes au bien, elles le suivent en quelques mains qu'il passe, et inversement, il ne peut être pour elles question de les étendre d'un bien auquel elles conviennent parfaitement à un autre auquel elles ne s'adapteraient pas du tout ; il n'y aurait pas pour elles, de subrogation réelle possible » (1).

§ 4. — Distinction de deux sortes de subrogation : générale ou spéciale ? légale ou conventionnelle ?

Nos anciens auteurs distingnaient deux sortes de subrogation : la subrogation dans les titres universels, et la subrogation dans les titres particuliers (2). Une distinction nouvelle a été proposée par M. Flach, adoptée par M. Stora et par beaucoup d'auteurs qui se sont occupés de la question. La *subrogation générale* est celle qui se produit dans les universalités et qui a simplement pour but de transmettre au bien qui doit être restitué à la place de la chose aliénée la qualité de *res universitatis*. Traditionnellement, cette subrogation a lieu de plein droit.

La *subrogation spéciale* a au contraire pour effet de transférer à un bien toutes les qualités particulières appartenant à un autre bien. Mais les expressions de subrogation

(1) Demogue, *Subrogation réelle*, p. 17 *in fine*, et 18.

(2) C'est encore la distinction adoptée par M. Saleilles dans sa note au Sirey, 1894, cette distinction étant chaque fois compliquée d'une sous-distinction entre la subrogation conventionnelle et légale (S. 1894.2.185).

générale, de subrogation spéciale, sont loin d'être claires ; de plus nous avons vu que, selon la conception que l'on se fait du patrimoine, on peut soutenir que la subrogation n'a jamais lieu que pour des biens isolés, que par suite, il n'y a pas de subrogation générale (1), ou, qu'inversement, elle se produit chaque fois que l'on se trouve en présence d'un patrimoine d'affectation, toute subrogation étant alors générale.

Cette distinction a donc besoin d'être précisée. MM. Demogue et Planiol ont proposé une classification nouvelle. Ils séparent deux grandes catégories d'hypothèses ; ils distinguent selon qu'il s'agit de masses de biens sujettes à restitution, ou de biens grevés d'affectation. La subrogation a des effets plus ou moins étendus selon que l'on se trouve en présence de l'une ou de l'autre de ces situations. Son fondement est également différent. Dans le premier cas, la restitution des biens étant imposée par la loi, et la subrogation étant alors la conséquence forcée de la réunion de ces choses en une universalité, on peut dire que cette subrogation est légale. C'est dans ce sens, qu'avec nos anciens auteurs, on peut soutenir qu'elle aura lieu de plein droit (2). Dans le second cas, au contraire, la subrogation n'est possible qu'en présence d'une clause d'affectation, soit légale, soit conventionnelle. Nos anciens auteurs avaient donc

(1) *Sic* : Demogue, p. 54 ; Aurenge, thèse citée, p. 37.

(2) Par ces expressions de plein droit, nous entendons que la subrogation résulte directement de l'obligation légale de restitution, sans qu'il soit nécessaire, pour qu'elle se produise, d'une nouvelle disposition de volonté du législateur ou des particuliers. C'est ainsi que Lépine de Grainville, qui emploie les expressions de subrogation légale et conventionnelle, déclare « que les titres universels produisent toujours la subrogation légale ; elle a lieu *in judiciis universalibus* ». Lépine de Grainville, cité par Sérieux sur Renusson, n° 19.

raison en affirmant que cette subrogation ne se produisait que lorsqu'on se trouvait en présence d'un texte de loi, ou d'une convention expresse des particuliers. Seulement, aujourd'hui, il n'existe plus, dans notre droit français, que des exemples d'affectation contractuelle (1), et c'est pourquoi la subrogation, dans ce second cas, est devenue toujours conventionnelle.

Nous nous baserons sur cette distinction entre la subrogation conventionnelle et légale, pour exposer dans nos titres II et III les applications de notre institution.

Cette distinction se trouvera donc justifiée d'elle-même, par l'usage que nous en ferons au cours de notre travail. Mais, dès maintenant, il n'est pas inutile de la défendre contre certaines critiques qui lui ont été adressées. M. Gazin (2) prétend que cette classification est arbitraire : 1° Dans tous les cas, dit-il, il s'agit, si l'on veut, de valeurs d'affectation ; le patrimoine de l'absent dont vous rangez la restitution parmi les cas de subrogation légale, n'est-il pas un patrimoine d'affectation, ne consiste-t-il pas dans l'affectation des valeurs à l'absent, s'il est encore vivant ?

2° Inversement, dans tous les cas le problème de la subrogation ne se pose-t-il pas à propos d'une question de restitution, dans la communauté au moment de la restitution des propres ? dans les fondations au cours d'une action en révocation de la donation ?

Cette critique est ingénieuse, mais nous croyons pourtant

(1) L'affectation légale, qui se rencontrait par exemple autrefois dans la théorie « des propres de succession », ne se présente plus guère aujourd'hui qu'en droit administratif, dans la théorie du domaine public et privé.

(2) Gazin, thèse citée, p. 253 en note.

devoir maintenir la distinction de Demogue et de Planiol, pour deux raisons : une spécialement juridique, l'autre plutôt économique.

Au point de vue juridique, les deux situations sont très sensiblement différentes ; au cas d'affectation d'un bien à un usage déterminé, on se trouve en présence d'un propriétaire, qui ne peut aliéner son bien que contre remploi, parce que la valeur de ce bien est grevée d'une charge dans l'intérêt d'une personne ou d'une œuvre. La subrogation légale ne se produit au contraire que lorsqu'un non-propriétaire aliène la chose d'autrui, et qu'exceptionnellement la loi valide cette aliénation (1).

Au point de vue économique, il faut bien se garder de confondre deux situations différentes. La subrogation conventionnelle intervient lorsqu'il s'agit de fixer la consistance de masses patrimoniales à conserver et à affecter à un usage déterminé ; la restitution de ces masses de biens, qui a parfois lieu, est sinon anormale (comme au cas de fondation) du moins secondaire (2). La subrogation légale, au contraire, se rencontre lorsqu'il s'agit de séparer et de liquider deux patrimoines qui en fait ont été confondus. Pour employer les propres expressions de notre auteur (3), nous dirons que la subrogation conventionnelle se produit dans les « patrimoines à conserver », et la subrogation légale, dans les « patrimoines à liquider ».

(1) Demogue, p. 21 *in fine*, 22, 23 et 29.

(2) Il est certain, par exemple, que la question de la subrogation sous le régime dotal ne se pose pas principalement, au moment de la restitution de ces biens, à la fin du mariage, mais surtout pendant le régime, afin de déterminer, à l'encontre des époux et des tiers, la situation juridique de ces biens.

(3) Gazin, thèse citée, p. 265 et 273, 368 et 371.

TITRE II

DE LA SUBROGATION RÉELLE CONVENTIONNELLE

Sous ce titre, nous avons l'intention d'étudier toutes les hypothèses de subrogation qui, dérivant d'une clause d'affectation stipulée par les parties, peuvent être désignées sous le nom générique de « subrogation conventionnelle ».

Nous consacrerons un premier chapitre de ce titre II à l'étude de la clause « d'affectation contractuelle » qui est comme le lien commun qui permet de rapprocher des situations concrètes, au premier abord extrêmement dissemblables ; à la fin de ce chapitre I, et dans notre chapitre II nous dirons également quelques mots de l'affectation purement légale qui, fréquente dans l'ancien droit (théories des propres de succession), est devenue extrêmement rare dans le droit moderne. L'analogie des situations nous conduira donc ainsi à ajouter aux nombreuses hypothèses de subrogation conventionnelle qui forment l'objet principal de ce titre quelques rares cas de subrogation légale.

CHAPITRE PREMIER

DE L'AFFECTATION CONTRACTUELLE.

§ 1. — Définition et portée de la clause d'affectation.

La clause d'affectation contractuelle (1) est une convention par laquelle les parties décident qu'un bien sera affecté perpétuellement ou temporairement à un usage déterminé.

Cette clause qui se présente avant tout comme une opération d'ordre économique emporte pourtant des conséquences juridiques très importantes : cette affectation entraîne par voie de conséquence l'inaliénabilité du bien grevé d'affectation. Mais la portée de cette clause peut être en fait plus ou moins étendue. Lorsque les parties décident d'affecter un bien à un usage déterminé, et que seul ce bien est susceptible de réaliser le but voulu par les parties, ce bien ne pouvant être remplacé dans le patrimoine par un autre bien capable de procurer la même utilité, sera complètement inaliénable.

Seulement les parties peuvent avoir voulu simplement affecter au but qu'elles ont en vue la valeur que représente le bien et non le bien lui-même. Dans ces conditions, c'est cette valeur qui est frappée d'indisponibilité ; c'est cette

(1) V sur ce sujet : Demogue, *op. cit.*, p. 10 et suiv. ; Saleilles, note au S. 1903.1.321. Nous avons déjà expliqué ce que nous entendions par les expressions de *propriété d'affectation*, de *patrimoine d'affectation*, nous n'y reviendrons pas ici. — V. *suprà*, Introduction et chap. IV, § 2, et plus loin, chap. III.

valeur qui, à travers toutes les transformations matérielles qu'elle pourra subir, devra toujours se retrouver intégralement. Dans ce second cas d'indisponibilité, le bien nous apparaît donc comme aliénable, mais contre un échange ou contre un remploi, à charge d'être remplacé dans le patrimoine dont il est sorti, par un bien d'une valeur équivalente. Le nouveau bien étant, comme l'ancien, soumis à la même affectation lui sera selon la formule courante subrogé réellement.

L'affectation contractuelle, tantôt entraîne l'inaliénabilité complète du bien, tantôt rend simplement indisponible la valeur qu'il représente. Il y a donc un intérêt considérable à distinguer selon qu'on se trouve en présence de l'une ou de l'autre de ces clauses, clauses que l'on peut opposer l'une à l'autre sous les noms d'« affectation en nature » et d' « affectation en valeur ».

La question de savoir si les parties ont entendu stipuler une clause d'affectation en nature, ou une clause d'affectation en valeur, est une question de fait que les juges auront à résoudre d'après les éléments de l'espèce qui leur sont fournis. On peut toutefois poser quelques principes directeurs : Lorsque les parties auront affecté au but par elles voulu, une masse de biens, le plus souvent, elles auront considéré cet ensemble dans sa valeur globale, elles l'auront envisagé comme constituant une sorte de petit patrimoine ; dans ces conditions on interprétera très rationnellement leur volonté, en ne frappant d'indisponibilité que la valeur des choses affectées. Lorsque l'affectation porte sur des biens isolés, la question est beaucoup plus épineuse ; dans le doute lorsqu'aucun indice de fait ne permettra au juge de se décider pour ou contre, il devra présumer une simple indisponibilité en valeur puisque c'est la clause

qui déroge le moins au droit commun de la libre disposition des biens (1).

L'interprétation de ces clauses ne fait guère de difficulté sous les régimes matrimoniaux : la pratique notariale ayant adopté depuis longtemps des formules qui ne laissent place à aucun doute (2). Ce n'est guère que les libéralités avec charges compliquées d'une clause d'indisponibilité qui pourront embarrasser le juge ; pour illustrer cette théorie forcément abstraite, empruntons quelques exemples à la jurisprudence la plus récente. Un testateur lègue à une commune tout un ensemble de biens, afin de créer une école à caractère confessionnel (3) ; l'école ayant été installée dans l'un seulement de ces immeubles, les autres immeubles n'ont en fait pour but que de faire vivre l'école en lui permettant d'employer à cette fin les revenus qu'ils produisent. Certains de ces immeubles étant devenus improductifs, l'administration, avec raison selon nous, en autorisa la vente, mais en exigeant, pour respecter la volonté du disposant, le remploi en rentes sur l'Etat avec affectation spéciale à la même destination. Ici, sans aucun doute, nous nous trouvions en présence d'une clause d'affectation en valeur.

Beaucoup plus délicate était l'espèce qu'avait à résoudre la Cour suprême le 29 avril 1901 (4) : la donation portait sur un seul immeuble et l'affectation consistait principalement

(1) C'est la solution défendue par Saleilles, dans sa note au Sirey citée *suprà*.

(2) Voir les formules habituelles des contrats de mariage, indiquées dans le petit formulaire Defrénois, n° 102 (2, dotalité partielle) et dans le grand traité pratique et formulaire, au n° 6186.

(3) Arrêt de Dijon, 30 juin 1893, S. 1894.2.185, et note Saleilles.

(4) Arrêt de la Cour de cassation, 29 avril 1901 (souvent cité), au S. 1903.1.321, voir la note Saleilles.

dans l'utilisation matérielle de l'immeuble à une destination déterminée, ici, à l'installation d'une école. Dans ces conditions, on aurait pu songer à interdire à la commune le droit de vendre l'immeuble sous peine de violer les obligations imposées par le fondateur et d'encourir l'action en révocation (1). Ce n'est pourtant pas ce système qui prévalut ; l'administration autorisa l'aliénation de l'immeuble à charge de remploi, et la jurisprudence, implicitement du moins, consacra cette manière de voir.

En résumé, nous dirons que selon que l'affectation porte sur le bien lui-même ou simplement sur sa valeur pécuniaire, le bien est plus ou moins indisponible. Il n'y a d'inaliénabilité véritable qu'au premier cas (affectation en nature), dans le second (affectation en valeur), on se trouve en présence d'une simple clause de remploi obligatoire, et la subrogation réelle est alors possible. Nous n'étudierons désormais que cette dernière clause, qui seule nous intéresse, au point de vue spécial auquel nous nous plaçons.

§ 2. — La clause d'affectation contractuelle est-elle licite ?

La question de la possibilité de la subrogation conventionnelle se ramène en dernière analyse à la suivante : les parties peuvent-elles, en dehors des cas spécialement prévus par la loi, c'est-à-dire en dehors des régimes matrimoniaux et des substitutions permises, affecter un bien à un usage déterminé ?

En d'autres termes la clause d'affectation contractuelle est-elle licite ?

(1) Observation très exacte faite par M. Saleilles dans sa note au S. 1903, au début du § 3.

Certains auteurs ont prétendu en établir directement la validité en partant d'une conception très neuve et très originale de la propriété d'affectation (1). La propriété, disent-ils, est toujours une propriété d'affectation, elle est « toujours et uniquement l'institution de droit qui permet à une chose d'atteindre pleinement sa fonction économique et sociale » ; il est par suite très naturel que les particuliers puissent grever la propriété de certaines autres affectations spéciales. Ces clauses d'affectation sont toujours valables comme conformes à la nature juridique de la propriété. C'est ainsi que MM. Bretonneau et Goubeaux établissent respectivement la validité des clauses d'inaliénabilité et de la clause d'indivision forcée et perpétuelle. Mais un tel raisonnement nous semble loin d'être concluant ; pour l'établir sur une base sérieuse, il faudrait au préalable en justifier les prémisses, à savoir que toute propriété est forcément une propriété d'affectation, point qui nous semble loin d'être démontré ; il faudrait également préciser cette affectation qui, ainsi entendue, est forcément très vague, parce que trop générale (2).

Et en supposant ainsi toute propriété grevée d'affectation soit à une fin sociale, soit simplement aux besoins de son titulaire (3), il resterait encore à établir, pour justifier d'une façon générale toutes les clauses d'affectation, le droit pour les parties de modifier la fin normale de la propriété, les fondations et autres institutions de ce genre ayant forcé-

(1) Bretonneau, *Clause d'inaliénabilité*, p. 188-190 ; Goubeaux, *Clause d'indivision forcée et perpétuelle*, p. 210.

(2) Voir par exemple la critique de cette notion trop vague d'affectation dans la préface de M. Gény, à l'ouvrage de M. Goubeaux déjà cité.

(3) Formule de MM. Goubeaux et Bretonneau, et formule de Boistel, *Philosophie du droit*, II, n° 205.

ment pour conséquence de détourner les biens de leur destination habituelle.

Nous croyons qu'il faut raisonner d'une façon toute différente ; au lieu d'établir l'existence de la propriété d'affectation pour en déduire la validité des clauses d'indisponibilité, il nous semble plus logique de vérifier la cause par l'effet ; de rechercher si cette conception économique de l'affectation ne contredit pas dans ses résultats les dispositions du droit positif. Conformément à ce point de départ, nous admettrons le caractère licite de la clause d'affectation contractuelle chaque fois que ses effets juridiques ne seront pas en désaccord avec la loi ou avec la jurisprudence.

Or aujourd'hui la jurisprudence, qui annule les clauses d'inaliénabilité perpétuelle, admet pourtant comme valable la prohibition d'aliéner lorsque celle-ci est temporaire et motivée par un intérêt sérieux. Le point de départ de cette jurisprudence se trouve dans un arrêt de la Cour d'Angers du 29 juin 1842 (1). La Chambre civile accueillit cette doctrine nouvelle en 1858 (2). Depuis lors les arrêts en ce sens se multiplièrent si rapidement qu'aujourd'hui la question de principe ne se discute plus devant les tribunaux (3).

Les clauses d'affectation (en valeur) n'entraînent, nous l'avons vu, qu'une indisponibilité toute relative du bien ; elles ne sont que des clauses mitigées d'inaliénabilité, par suite on peut leur appliquer par *a fortiori* toutes les solutions que la jurisprudence donne pour les clauses complètes d'inaliénabilité.

(1) Angers, 29 juin 1842, D. 42.2.18, D. 46.4.163.

(2) Cass., 20 avril 1858, D. 58.1.154, S. 58.1.589.

(3) Nous avons déjà vu pourtant le *Répertoire de Merlin* tenir compte de cette objection, et se refuser à étendre le domaine de la subrogation, sous prétexte que les parties ne pouvaient frapper un bien d'indisponibilité.

En présence d'une clause d'affectation purement temporaire, aucun doute sérieux n'est permis (1) ; la jurisprudence, qui admet l'inaliénabilité temporaire et absolue, ne peut refuser aux particuliers le droit de frapper un bien d'une indisponibilité toute relative.puisqu'elle ne porte que sur sa valeur.

La solution est moins certaine, en ce qui concerne les fondations : la fondation consistant dans l'affectation *perpétuelle* de biens ou de valeurs à un service déterminé par le disposant. Ne serait-on pas en droit de ce chef de contester la validité des fondations privées ? Et de fait, cette objection a été retenue par certains auteurs et par un arrêt de Cour d'appel.

Certains étatistes (2) ont cherché à établir que la fondation est forcément matière d'ordre public. Et pour cela ils mettent en avant des considérations d'ordre économique : les fondations entraînant des clauses d'indisponibilité et d'affectation perpétuelle auxquelles la propriété individuelle répugne par sa nature, tandis que ces clauses s'harmonisent parfaitement avec le mode de posséder des personnes morales publiques.

Un arrêt de la Cour de Besançon du 26 mars 1891 (3) a

(1) Voir les principaux arrêts cités dans le *Manuel* de Planiol au t. I, n° 2345. Voir l'exposé de cette jurisprudence, dans la thèse de Bretonneau. D'après lui, on doit considérer que la jurisprudence annule en principe toutes les clauses d'inaliénabilité, et que ce n'est qu'exceptionnellement qu'elle en admet la validité, lorsqu'elles sont temporaires et motivées par un intérêt sérieux.

(2) Lévy-Ullmann et Grunebaum-Ballin, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1904, t. III, p. 255 et suiv., 259-269.

(3) C. de Besançon, 26 mars 1891, D. 93.2.7. — En sens contraire, la jurisprudence a décidé que les biens affectés à des fondations étaient aliénables, sinon complètement, du moins à charge de remploi. —

annulé certaines dispositions d'une fondation, parce que, dit-il, elles avaient pour but de frapper certaines parties des immeubles légués d'inaliénabilité perpétuelle, « et que cette inaliénabilité est nulle comme contraire à la libre circulation des biens ».

Cette objection est donc beaucoup moins théorique qu'on ne serait tenté de le croire, et il est par suite nécessaire de l'envisager.

On peut tout d'abord l'écarter, en se plaçant uniquement sur le terrain de la jurisprudence. La jurisprudence n'annule que les clauses d'inaliénabilité perpétuelle ; les fondations seront donc valables si l'on démontre qu'elles n'entraînent pas l'inaliénabilité proprement dite du bien ; c'est ce que soutient M. Beudant (1) : « Autre chose, dit-il, est l'inaliénabilité, autre chose l'affectation à une œuvre même perpétuelle ; ce qui sera affecté en cas de fondation, c'est le capital constitué pour le service d'une idée, ce ne sont pas les biens dont ce capital se compose, lesquels restent sous l'empire du droit commun.

Cette idée a été reprise par MM. Saleilles (2) et Huc (3) ; pour eux, la fondation n'entraîne pas en principe l'inaliénabilité du bien, on doit présumer que les parties n'ont entendu frapper d'inaliénabilité que la valeur du bien lui-même, et par suite une telle clause est licite. Mais M. Huc ajoute que si, d'après les circonstances, le bien devait être

Voir : 1° fondation Jean Darcel à la commune d'Anneville, arrêt de Rouen, 24 mars 1884 ; arrêt de Cass., 5 janvier 1887, S. 87.1.481 ; 2° fondation Graule ; conclusions de M. le procureur général Baudouin, P. 1903.1.121, D. 1902.1.425.

(1) Note Ch. Beudant sous cet arrêt, p. 6.

(2) Saleilles, note S. 1903.1, p. 321, § 1, col. 3.

(3) Huc, t. IV, n° 88.

considéré comme complètement inaliénable, cette défense d'aliéner devrait être réputée non écrite par application de l'article 900.

Il y a donc entre les clauses d'inaliénabilité et les fondations une différence capitale : la fondation, en règle générale ne grevant d'indisponibilité que la valeur des biens affectés. Cette différence seule suffirait à justifier la validité des clauses d'affectation.

Nous préférons toutefois reprendre la question de plus haut, en montrant que les motifs qui s'opposent ordinairement au maintien de la prohibition d'aliéner ne sauraient s'appliquer à notre matière.

On voit généralement, dans la constitution de patrimoines de fondation à affectation perpétuelle, dans la formation de la main-morte, pour nous servir de l'expression courante, un double danger économique et politique. Le danger politique de la main-morte consiste à réunir sur une même tête ou en faveur d'une même corporation une masse de biens considérable qui est de nature à détruire l'équilibre social rêvé par la Révolution.

Mais cette crainte de voir se constituer des associations gênantes pour l'Etat, parce que trop puissantes, nous semble bien chimérique. L'Etat est toujours assez fort pour se défendre contre de pareilles entreprises, il a même une tendance exagérée à écraser tous les groupements qui semblent lui faire ombrage. Du reste, comme le dit très justement Duguit (1), comment parler du danger de la main-morte à une époque où la concentration des capitaux dans des mains uniques est « un phénomène d'une puissance irrésistible » !

(1) Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 1907, p. 626 *in fine* et 627.

Or, chose singulière, ce sont les socialistes, qui se réjouissent le plus de ce phénomène de la concentration économique (1), qui, d'après eux, doit préparer l'avènement de l'Etat collectiviste, qui protestent le plus âprement contre le danger de la main-morte. Pour nous, comme pour M. Duguit, le danger de la main-morte n'est guère « qu'un épouvantail usé » que les gouvernements secouent trop facilement lorsqu'ils veulent empêcher certaines associations ou certains groupements de s'emparer des domaines dont ils veulent garder la direction sinon le monopole.

Sur le terrain économique, on soutient que la constitution de la main-morte porte atteinte au principe de la libre circulation des biens (2). Car il est incontestable que le maximum de production des richesses ne peut être obtenu qu'au moyen de la circulation continuelle des biens de toutes sortes.

Aujourd'hui on tend visiblement à la transmission perpétuelle des biens, car ainsi on finit forcément par les faire arriver dans le patrimoine de ceux qui peuvent le mieux les utiliser, de ceux qui sont aptes à l'exploiter. C'est là une remarque faite par les économistes, et qui se vérifie tous les jours. « Par le jeu des conventions libres, a observé M. Cauwès (3), le fait ordinaire est que les richesses passent aux mains de ceux qui peuvent le mieux en faire usage. »

(1) C'est le danger plus ou moins chimérique de la main-morte qui a motivé la loi de 1901 sur les congrégations. — Les socialistes sont favorables au phénomène de la concentration économique, c'est le système fameux de Karl Marx ; Gide, *Cours d'Economie politique*, p. 178.

(2) Voir la discussion et la réfutation des raisons qui empêchent l'indisponibilité des biens, dans la thèse de Bretonneau, p. 136-137.

(3) Cauwès, t. III, p. 439-440.

L'inaliénabilité empêche la libre circulation des biens, qui est une condition de la production des richesses, et c'est pourquoi la jurisprudence la condamne. « Attendu, dit-elle (1), qu'une propriété quelconque ne peut être déclarée inaliénable, que dans les cas prévus par la loi, où elle a cru devoir permettre une dérogation formelle au principe fondamental de la libre disposition des biens, attribut et caractère essentiel de la propriété ; attendu qu'une clause d'incessibilité (ou d'inaliénabilité) tend à modifier en dehors des conditions et des cas déterminés par la loi le libre usage de la propriété et à mettre ainsi hors du commerce des choses qui, dans l'état actuel de la législation, doivent y rester soumises. »

Mais, d'une façon générale, ne peut-on répondre aux économistes et à la jurisprudence que le dernier mot de l'économie politique n'est pas de produire toujours et quand même, et que la répartition des richesses, la consommation et l'*épargne* sont chose à prendre en considération.

Plus spécialement, nous dirons que les intérêts sociaux et matériels que l'économie politique envisage, ne sont pas tout, qu'il faut tenir compte également des intérêts individuels ou familiaux, et des intérêts moraux, intérêts extrêmement importants qui commandent pour les satisfaire la constitution d'*un capital de réserve* (2). C'est ainsi que la famille a besoin de mettre de côté un patrimoine de ce genre qu'elle retrouvera intact lors de la mauvaise fortune ; de même une personne qui veut créer une œuvre charitable ou autre, d'une certaine durée, est bien obligée de prendre

(1) Cour de cassation, 6 juin 1853, D. 53.1.191 et 192, S. 53.1.619.

(2) Voir Demogue, *op. cit.*, p. 10, qui parle de « fonds de réserve » constitué en vue d'un but déterminé.

des précautions pour empêcher la dilapidation de l'argent qu'elle a l'intention de lui consacrer.

Or notre clause nous semble concilier deux principes parfois antagonistes, le principe de la libre circulation des biens et la nécessité de l'épargne, pour qui veut fonder une œuvre durable ou simplement s'assurer contre des revers de fortune. Les biens affectés restent libres entre les mains de leur titulaire, ils sont toujours susceptibles de sortir de son patrimoine pour aller à celui qui saura le mieux les utiliser ; ils conservent donc toute leur faculté de productivité. Ce n'est que leur valeur qui est indisponible; mais une personne a toujours le droit de limiter ses dépenses en s'interdisant toute aliénation qui porterait atteinte à son capital. C'est même là un acte naturel et de sage prévoyance que l'on ne peut qu'approuver.

Pour nous, il n'existe donc aucune bonne raison juridique et économique (1) pour ne pas admettre la validité « de la clause d'affectation », qu'elle soit temporaire ou qu'elle soit perpétuelle.

§ 3. — Des conditions de la clause d'affectation.

La clause d'affectation étant considérée comme licite, il nous faut dégager les conditions de son établissement entre les parties elles-mêmes, et à l'encontre des tiers.

(1) On ajoute parfois que la main-morte ferait courir à l'Etat un danger fiscal qui consisterait dans ce fait que les biens possédés par les associations de ce genre ne supporteraient pas les droits de mutation par décès. Danger chimérique, car il suffit au législateur d'établir en compensation une taxe d'équivalence qui existe déjà (lois des 20 février 1849 et 30 mars 1872) et dont il suffirait de généraliser le principe.— V. Duguit, p. 627. Voir aussi Bretonneau, thèse citée, p. 137.

A. — *Condition de la clause « Inter partes ».*

Entre les parties, l'affectation résulte d'une convention intervenue entre les intéressés pendant leur vie ; elle peut être également contenue dans une disposition à cause de mort ayant un caractère unilatéral, c'est-à-dire dans un testament (1). Elle résulte donc tantôt d'un contrat, tantôt d'un acte unilatéral de volonté (2). Lorsqu'elle a un caractère contractuel, cette clause pourrait découler d'une convention principale faite à ce sujet, mais en fait, comme la question de l'affectation se pose le plus souvent sous les régimes matrimoniaux, ou à l'occasion de libéralités, la clause se présente sous la forme d'une modalité accessoire d'un contrat principal, qui est soit le contrat de mariage, soit la donation. La validité de la clause dépend donc, quant à la forme et quand au fond, de celle du contrat principal. D'ordinaire la clause d'affectation est expresse ; on ne saurait sous-entendre une pareille clause dans une donation, dans un testament, ou même sous le régime dotal. Pourtant sous le régime de communauté, la clause d'affectation des propres est tacite, les époux sont censés l'avoir adoptée comme conséquence nécessaire du choix de leur régime matrimonial ; cette affectation tacite, à laquelle les époux peuvent du reste dans la suite toujours renoncer, produit des effets moins énergiques que l'affectation expresse (ou remploi obligatoire) prévue par le contrat de mariage.

(1) Si l'on considère le testament comme supposant un accord de volontés, l'affectation serait bien dans tous les cas contractuelle. — *Sic* : Planiol, *Manuel*, t. I, n° 270, texte et note.

(2) La clause a aussi, dans une certaine mesure, le caractère d'un acte unilatéral, dans le cas de constitution d'un bien de famille.

B. — *A quelles conditions, la clause sera-t-elle opposable aux tiers ?*

La clause d'affectation, qui entraîne par la suite la subrogation, ne doit pas préjudicier aux tiers (1). Un bien, par suite d'une affectation occulte, ou d'une subrogation clandestine, ne doit pas se trouver dans une situation juridique telle qu'elle puisse nuire à leurs droits. Il est donc nécessaire d'assurer la tranquillité des tiers par un système de « publicité » (2).

Mais il ne peut s'agir évidemment ici d'une publicité complète et intégrale ; le législateur n'ayant pas, en cette matière, organisé une publicité générale, le rôle de l'interprète devra donc se borner à étendre avec beaucoup de réserve, à toutes les clauses d'affectation, les exigences de publicité que la loi impose pour les régimes matrimoniaux. Or, en présence d'une clause de ce genre, une publicité apparaît comme nécessaire à deux moments :

1° *Au moment de la rédaction de la clause d'affectation*, il est nécessaire d'avertir les tiers qu'un bien est frappé

(1) Nous avons déjà vu, dans notre ancien droit, Renusson se préoccuper du droit des tiers. Dans le droit moderne, cet intérêt des tiers a été très bien mis en lumière par Demogue, *op. cit.*, p. 34-35, et par Saleilles, note au Sirey, 1903, p. 324, col. 3. — Voir également : Aurenge, thèse citée, p. 74 et suiv.

(2) Dans son sens exact, le mot publicité fait naître l'idée d'une organisation spéciale, ayant pour but de porter à la connaissance des tiers certains actes juridiques, qui sont généralement transcrits sur des registres publics, que tous peuvent consulter.

Ce n'est pas ce sens étroit que nous donnerons ici au mot publicité. Par là, nous entendrons toutes les mesures de protection des tiers, toutes les formalités nécessaires à remplir pour que l'acte juridique leur soit opposable. — Voir par exemple, le mot publicité entendu dans un sens très large, dans Demogue, *Notions fondamentales*, p. 76.

d'une affectation déterminée, et que, par suite, ce bien étant partiellement indisponible, ils ne pourront acquérir sur lui des droits que réserve faite de cette affectation. Les tiers ont le plus grand intérêt à savoir que tel bien étant grevé de dotalité ou de substitution, est, soit complètement indisponible, soit simplement aliénable à charge de remploi.

Les tiers doivent donc prendre connaissance des clauses d'affectation. Sous les régimes matrimoniaux, leurs droits sont très bien sauvegardés, par la publicité spéciale, qui a été organisée par la loi du 10 juillet 1850, et qui a pour but de révéler aux tiers l'existence d'un contrat de mariage fait par les époux. Les tiers pourront donc, par la lecture même du contrat, prendre connaissance des clauses de dotalité ou d'indisponibilité qui auront été stipulées. Si cette publicité n'a pas été observée par les époux, les clauses de dotalité ne seront pas opposables aux tiers aux termes de l'article 1391 (*in fine*). Le Code civil, dans son article 1069, soumet les substitutions au régime de la publicité : toute substitution tant par donation que par testament doit être transcrite au bureau des hypothèques. Cette publicité étant organisée dans l'intérêt des tiers (1) qui contracteront avec le grevé, l'indisponibilité des biens substitués ne leur sera opposable, que du jour de la transcription de la donation ou du testament. La loi ajoute même dans l'article 1070 « que le défaut de transcription ne pourra être couvert ou suppléé par la connaissance que les tiers acquéreurs pourraient avoir eue de la disposition par d'autres voies que celles de la transcription ».

Ici encore, et en consultant le texte même de la donation

(1) Voir sur cette question : Planiol, *Manuel*, t. III, nos 3313 et 3314 ; Demogue, *op. cit.*, p. 35 ; Aurenge, thèse citée, p. 76.

ou du testament, les tiers seront au courant de la clause d'affectation.

Lorsqu'une donation ou un testament emporte une clause d'indisponibilité autre qu'une substitution, aucune publicité spéciale n'est organisée par la loi ; sans doute, si la donation porte sur des immeubles, elle devra être transcrite. Mais que décider pour une donation de meubles ou pour un testament, actes qui ne sont pas soumis à cette formalité ?

Pour nous, nous ne considérons la clause d'affectation comme opposable aux tiers qu'à la condition qu'ils aient été à même de consulter la donation ou le testament et de prendre connaissance de cette clause. Mais comment ces actes devront-ils être portés à la connaissance des tiers ? Ici forcément les solutions pratiques que nous pourrons donner auront toujours un caractère quelque peu arbitraire. Nous pensons pourtant que du moment qu'aucune publicité spéciale n'est organisée par la loi pour protéger les tiers, c'est aux parties elles-mêmes à prendre l'initiative, et à attirer l'attention des tiers sur la clause en question.

2° Une publicité apparaît également comme nécessaire *chaque fois qu'un bien aura pris par voie de subrogation la place d'un bien affecté.* Il faut rendre alors évidente aux yeux des tiers la filiation des nouveaux biens, les avertir que ceux-ci seront, comme les premiers, grevés d'indisponibilité. Or le lien juridique qui rattache les biens nouveaux aux biens anciens peut se présenter de façon plus ou moins apparente. S'il y a échange d'un bien nouveau contre un bien ancien, la consultation de l'acte d'échange suffira à donner aux tiers toute satisfaction. Le lien juridique qui unit entre eux le bien acquis et le bien cédé, est évident et saute aux yeux de toute personne, même ignorante

des choses du droit. La relation juridique entre les deux biens sera moins nette au cas d'aliénation suivie de remploi. Comme il s'écoule forcément un certain laps de temps entre le moment de la première aliénation et celui de la nouvelle acquisition, la filiation du nouveau bien n'est pas établie d'une façon certaine. Les tiers ignorent que ce bien nouveau a été acquis à la place d'un bien affecté ; pour sauvegarder leurs droits, il faudra par suite que l'acte d'achat indique l'origine et la provenance des deniers servant à l'acquisition.

C'est la solution adoptée par notre législation. Quand une acquisition est faite en remploi, l'article 1434 exige, pour que le remploi soit valable, une double déclaration : déclaration de remploi, et déclaration relative à l'origine des deniers. Cette déclaration est exigée dans l'intérêt de l'autre époux, mais aussi dans l'intérêt des tiers qui contractent avec les époux et qui ont le plus grand intérêt à savoir si un bien est propre ou commun.

D'une façon générale, on ne doit pas restreindre l'article 1434 au seul régime de communauté, on doit l'étendre également à toutes les autres hypothèses de subrogation réelle, on doit l'appliquer chaque fois que les intérêts des tiers sont en jeu.

Et c'est ce qu'a parfaitement compris la jurisprudence qui a étendu les formalités exigées par l'article 1434 au régime dotal. Bien plus, la quasi-dotalité des paraphernaux représentant la dot mobilière est soumise à une condition de publicité analogue à celle qui régit le remploi des véritables biens dotaux : il faut, d'après deux arrêts de la Cour de cassation de 1891 et de 1895 (1), que les tiers soient

(1) Cass., 5 juin 1891, D. 92.1.13 ; Cass., 26 novembre 1895, D. 96.1.313.

avertis, par des déclarations contenues dans l'acte, de l'origine des deniers et de l'affectation spéciale qui en résulte pour le bien acquis. C'est ce que M. Planiol (1) propose d'appeler un « simili-remploi ».

Il convient toutefois d'observer que, dans la pratique, la publicité complète prévue par l'article 1434 n'est guère observée qu'en ce qui concerne le remploi immobilier ; lorsque le remploi se fait en valeurs mobilières, on a généralement recours à une publicité simplifiée. Cette publicité spéciale se trouve en germe dans l'article 29 de la loi de finances du 16 septembre 1871 (2) qui autorise le remploi en rentes sur l'Etat. « Dans ce cas, et sur la réquisition des parties, l'immatricule de ces rentes au grand livre de la Dette publique en indique l'affectation spéciale. » D'une façon générale, le remploi en actions des Compagnies de chemins de fer, en valeurs mobilières, est rendu public par une simple inscription, soit sur les registres de la société, soit sur le titre lui-même. Les tiers sont donc avertis par l'examen du titre de son affectation à un usage déterminé.

Mais y a-t-il lieu d'appliquer ces exigences de publicité en dehors des régimes matrimoniaux, chaque fois qu'un bien est frappé d'une indisponibilité en valeur, qui rend, en cas d'aliénation, son remploi obligatoire ?

Faut-il pour que ce remploi soit opposable aux tiers que les formalités indiquées aient été observées ?

Nous croyons, avec la jurisprudence, que oui. La jurisprudence qui a étendu si facilement la théorie de la subrogation aux fondations ne l'a fait que parce que, dans les espè-

(1) Planiol, *Manuel*, t. III, n° 1680.
(2) Le Courtois et Surville, *Contrat de mariage*, I, 356.

ces qu'elle avait à envisager, le droit des tiers avait été sauvegardé par des mesures de publicité.

Dans l'espèce soumise à l'examen de la Cour de Dijon (1) il s'agissait d'un remploi d'immeubles en rentes sur l'Etat, et on avait observé la prescription de l'article 29 de la loi de 1871 ; les titres de rente avaient été affectés, par voie de mention portée au titre lui-même, à la destination qu'avaient les immeubles auxquels ils étaient subrogés.

Dans la fondation dont avait à s'occuper la Cour de cassation (2), le remploi avait un caractère immobilier, on avait par suite observé la double déclaration prescrite par l'article 1434. L'immeuble qui venait remplacer le bien aliéné avait été acquis par acte authentique, et dans cet acte d'acquisition, le maire avait fait une double déclaration devant l'officier public : 1°) que l'immeuble acquis était affecté à perpétuité à l'école ; 2°) que la commune reprenait la libre disposition de l'ancien immeuble.

Ces exemples mettent bien en lumière la tendance de la pratique, approuvée par la jurisprudence, à étendre les exigences de publicité de l'article 1434 ou de la loi de 1871, à tous les remplois même faits en dehors des régimes matrimoniaux.

On ne peut qu'applaudir à ces solutions qui nous semblent commandées par une compréhension très juste des intérêts des tiers.

§ 4. — Des effets de la clause d'affectation.

Ses effets peuvent se résumer dans une formule très simple : *L'affectation contractuelle est la condition nécessaire*

(1) Dijon, 30 juin 1893, S. 94 2.185.
(2) C. cass., 29 avril 1901, S. 1903.1.321.

et suffisante de la subrogation réelle. C'est tout d'abord la condition nécessaire de la subrogation, car dans ses hypothèses, il ne saurait y avoir de subrogation réelle sans une affectation expresse ou tacite des parties. C'est également la condition suffisante, en ce sens que par le fait même de la clause antérieure d'affectation, la subrogation se produit de plein droit, sans qu'il soit besoin d'une nouvelle convention intervenue entre les parties.

Tel est le système soutenu par M. Saleilles (1) et que nous croyons devoir adopter, parce que seul il tire de la clause d'affectation toutes les conséquences logiques qu'elle comporte. Mais nous sommes bien obligé de reconnaître que ce n'est pas le système adopté en fait par le tribunal suprême. La Cour de cassation considère que la clause d'affectation à elle seule ne saurait suffire pour produire la subrogation, qu'il faut de plus, pour qu'elle intervienne, qu'une convention de subrogation ait été passée entre les parties au moment du remploi ou de l'emploi.

Ce système se dégageait déjà de l'arrêt du 29 avril 1901 (2) et de l'insistance particulière de la Cour de Montpellier dans l'arrêt attaqué, et de la Cour suprême dans son arrêt de rejet, à déclarer que « la substitution d'un immeuble à l'autre n'avait été faite qu'avec le consentement de toutes les parties », en particulier « avec l'adhésion et le consentement des héritiers du donateur ». Sans doute, pour des raisons d'espèce, il était possible d'expliquer l'intervention des parties en cause, sans recourir à l'idée d'une convention (3).

(1) Système adopté par M. Saleilles dans note S. 1903, p. 323, col. 3.
(2) 29 avril 1901, arrêt de Cass. déjà cité. Voir Bibliographie.
(3) C'est ce que soutient Saleilles, dans sa note S. 1903 déjà citée.

L'intervention à l'acte de remploi de la commune grevée de l'affectation, s'expliquait d'elle-même sans qu'il soit besoin de la justifier autrement. On pouvait accorder également aux héritiers du donateur d'une part, et à la congrégation bénéficiaire d'autre part, le droit d'intervenir pour surveiller la bonne exécution du remploi, sans qu'il soit nécessaire pour cela de considérer leur concours à cet acte comme une convention de subrogation.

Mais ainsi il semble que l'on s'écartait du principe directeur qui avait inspiré cette décision de la Cour suprême, principe qui se dégage d'une façon beaucoup plus nette encore lorsqu'on rapproche cet arrêt du 29 avril 1901, d'une autre décision de la Cour suprême du 1er août 1910 (1).

Dans cet arrêt, la Cour de cassation pose en principe « que l'affectation par donation d'une somme d'argent à un usage déterminé ne rentre pas dans les cas de subrogation réelle prévus par la loi, et par suite n'emporte pas par elle-même substitution de l'objet à la somme d'argent ; pour qu'elle ait cet effet, il faut qu'il lui ait été attribué par la volonté des parties », c'est-à-dire par une convention spécialement faite à ce sujet.

Et comme, en fait, aucune convention de ce genre n'était intervenue, la jurisprudence s'est refusée dans ce cas à consacrer la subrogation de l'immeuble acquis en place de la somme d'argent donnée.

Nous ne saurions souscrire à une telle théorie, qui nous ramène beaucoup trop au système classique d'Aubry et Rau. Sans doute on ne peut nier le rôle considérable que joue, dans une théorie de la subrogation, la volonté des parties. Et c'est justement le grand mérite des arrêts récents,

(1) C. cass., 1er août 1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 1er sem., p. 286.

d'avoir bien mis en lumière ce rôle capital de la volonté. Mais, en revanche, il ne faut pas non plus exagérer et accorder à cette volonté une importance plus considérable que celle qu'elle n'a en fait. Du moment que les parties ont entendu affecter un bien à un but déterminé, elles ont ainsi voulu la subrogation, et il n'est pas nécessaire pour la produire d'une nouvelle manifestation de leur volonté.

Pour préciser encore davantage les effets de la subrogation et montrer le conflit entre les deux opinions en présence, distinguons entre les différentes aliénations qui peuvent la produire. La subrogation peut avoir lieu à la suite d'un échange, lorsqu'il y a substitution immédiate d'un bien à un autre, à la suite d'un remploi (ou d'un emploi), lorsqu'il s'écoule un certain laps de temps entre l'aliénation et l'acquisition des biens, à la suite également d'une dation en paiement, opération qui consiste dans la substitution d'un bien meuble ou immeuble à une créance affectée et au sujet de laquelle nous aurons plus loin à nous demander si, au point de vue des conditions de la subrogation, on doit l'assimiler à un échange ou à un remploi. Nous aurons en particulier à rechercher si les exigences de publicité de l'article 1434 s'appliquent également à la dation en paiement (1).

A. — *Echange.* — C'est à l'échange que notre théorie s'applique le plus facilement. La loi n'exige jamais, pour que l'échange produise la subrogation sous le régime dotal, ou sous le régime de communauté, une nouvelle manifestation de volonté des époux. Comme le dit M. Planiol (2), la subrogation se produit *de plein droit* par le seul fait de

(1) C'est surtout sous le régime de communauté que se pose cette question. C'est donc à ce moment que nous l'examinerons.

(2) Planiol, t. III, n° 944.

l'opération sans condition, ni formalité aucune. Par ces mots : *subrogation de plein droit*, nous entendrons qu'elle résulte directement de la clause d'affectation stipulée antérieurement sans qu'il soit besoin d'un nouvel accord intervenu entre les parties en cause.

Les parties ayant affecté un bien à un but déterminé, peuvent-elles, par une manifestation de volonté contraire, écarter ensuite la subrogation au cas d'échange ? Nous dirons, d'une façon générale, que rien n'empêche les parties, dans l'intérêt desquelles la clause a été stipulée, de renoncer au bénéfice de la subrogation. Toutefois, lorsque la clause se présente sous les régimes matrimoniaux, il faut tenir compte du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Les époux qui ont admis tacitement, par leur contrat de mariage, la subrogation au cas d'échange, ne peuvent l'écarter plus tard au cours de leur union, sans se mettre en contradiction avec la loi (art. 1395).

B. — *Remploi.* — M. Planiol (1) définit le remploi une « subrogation réelle qui, au lieu de se faire toute seule comme dans l'échange, se produit seulement par la volonté des époux ».

Notre auteur semble donc considérer qu'au cas de remploi la subrogation ne peut résulter que d'une convention intervenue entre les époux au moment de la nouvelle acquisition. Cette manière de voir ne nous semble pas complètement exacte ; nous considérons qu'il est parfaitement inutile pour expliquer les articles 1434 et 1435 de recourir à l'idée d'une convention (2) et qu'il est possible de soutenir que, de même que dans l'échange, la subrogation

(1) Planiol, *Manuel*, t. III, n° 951.

(2) C'est ce que semble dire M. Saleilles, note S. 1903, p. 323, col. 1.

se produit de plein droit, comme conséquence forcée de l'affectation antérieurement stipulée.

La double déclaration prévue par l'article 1434 a le caractère d'une déclaration unilatérale et non d'un contrat. L'acceptation du remploi par la femme (art. 1435) s'explique tout naturellement si l'on songe que la femme dans l'intérêt de laquelle le remploi a été stipulé est seule juge de son utilité et qu'elle peut parfaitement renoncer à une clause qui n'est que dans son intérêt ; du reste, d'après la jurisprudence, le contrat de mariage peut contenir une acceptation anticipée des remplois futurs. Il y est dit que la première acquisition qui suivra l'aliénation vaudra remploi. La femme donne donc par avance son adhésion aux remplois et à la subrogation qui en résulte (1).

Le remploi, bien que résultant directement de la clause d'affectation, a un caractère facultatif, c'est-à-dire que les parties intéressées (bénéficiaires de l'affectation) peuvent toujours renoncer à l'exigence du remploi et de la subrogation qui en résulte. Pourtant si le remploi est exigé par le contrat de mariage, il devient désormais obligatoire pour les époux qui ne peuvent plus l'écarter sans contrevenir à l'article 1395.

Il est enfin des cas où le remploi est non seulement obligatoire pour les époux, mais encore pour les tiers. On peut donc séparer trois variétés différentes : le remploi facultatif, le remploi obligatoire pour les parties en cause, et enfin le remploi obligatoire pour les tiers.

a) *Remploi facultatif.* — Le remploi est toujours facultatif pour le ou les bénéficiaires de l'affectation. Sous le

(1) Voir à ce sujet, Planiol, *Manuel*, t. III, nos 95 et 1053. Toutefois la portée de cette clause est discutée. Voir *l'analyse des opinions*, dans Dalloz, *Suppl.*, Vo *Contrat de mariage*, no 522.

régime de communauté le remploi ne s'impose pas aux époux, qui peuvent toujours l'écarter, lorsqu'ils ne l'ont pas spécialement prévu par leur contrat de mariage.

b) *Remploi obligatoire pour les parties.* — Sous le régime de communauté et sous le régime dotal le remploi est obligatoire pour les époux lorsque son exigence résulte de leur pacte matrimonial. En matière de libéralités avec charges, ou de fondations, le remploi est toujours obligatoire pour les parties grevées de l'affectation L'exigence d'un remploi ne pourrait être écartée qu'avec le consentement des bénéficiaires de l'affectation. Primus lègue un capital à Secundus et stipule que la valeur de ce capital sera indisponible, afin d'assurer le service d'une rente viagère à l'avantage de Tertius. Il est bien évident que le remploi sera toujours obligatoire pour Secundus et que seul Tertius pourrait l'en dispenser.

S'il s'agit d'une fondation, le nombre des bénéficiaires de l'affectation (pauvres ou malades à secourir) étant considérable, leur adhésion unanime impossible le plus souvent à obtenir (1), le remploi est en fait dans la plupart des cas obligatoire. Les parties en cause ne peuvent guère, en pratique, ni en exclure la nécessité, ni l'écarter d'aucune manière.

Quelle est la sanction d'une telle clause de remploi ? Le bénéficiaire de l'affectation peut toujours contraindre le grevé à faire le remploi (2) ; mais supposons que le rem-

(1) A moins que l'on considère — ce qui semble presque impossible à admettre — l'hôpital *comme représentant les bénéficiaires* et comme pouvant renoncer en leur nom à une affectation qui a été stipulée dans leur intérêt.

(2) En fait, il ne peut guère le contraindre d'une façon efficace que lorsqu'un délai a été stipulé, ce que l'on fait souvent dans les contrats de mariage

ploi n'ait pas été effectué, un préjudice ayant été causé au bénéficiaire, celui-ci est en droit de demander au grevé une indemnité.

Lorsque la clause est contenue dans une donation ou un testament, le disposant ou les héritiers pourront exercer, au cas de défaut de remploi, l'action en révocation de la libéralité pour inexécution des charges (art. 954 et 1046).

c) *Remploi obligatoire pour les tiers.* — Dans certains cas, le remploi est non seulement obligatoire pour les parties, mais encore pour les tiers, c'est-à dire que l'acquisition n'est valable que du jour où les deniers ont été employés à l'achat de biens nouveaux. Naturellement une telle clause ne pourra être opposable aux tiers, que lorsque les conditions de publicité que nous avons indiquées (dans notre paragraphe 3) auront été observées.

Quand le remploi est-il ainsi obligatoire pour les tiers ? Le remploi obligatoire est la règle sous le régime dotal, à moins de dispositions contraires du contrat de mariage modifiant la responsabilité des tiers. Sous le régime de communauté, au contraire (1), le remploi ne saurait être opposable aux tiers, qu'en présence d'une clause formelle et non équivoque en ce sens.

Dans les libéralités avec charges, ou dans les fondations, nous considérerons en principe le remploi comme opposable aux tiers. Sinon la volonté du disposant serait lettre morte.

Lorsqu'un remploi de cette nature n'a pas été effectué, la sanction, très énergique, consiste dans la nullité de l'aliénation. La femme peut, après la séparation de biens ou la dissolution du mariage, en demander l'annulation (2). Il

(1) Le Courtois et Surville, *Contrat de mariage*, p. 379, t. I, n° 424.
(2) Planiol, *Manuel*, t. III, n° 1553. — On discute pour savoir si

nous semble qu'il faut ouvrir également ce droit à tout bénéficiaire de l'affectation.

Nous croyons donc que le bénéficiaire de la fondation ou de la libéralité a le droit de faire annuler toute aliénation qui n'aurait pas été suivie de remploi. Pour reprendre notre exemple habituel (1), supposons par exemple que la commune ait aliéné purement et simplement les biens affectés à l'école ; la congrégation bénéficiaire aurait été en droit de faire annuler une telle aliénation sans préjudice naturellement de l'action en révocation qui aurait pu être intentée par les héritiers.

Cette sanction nous semble nécessaire si l'on veut donner à la clause de remploi toute sa portée. Elle est du reste en conformité avec le système de la jurisprudence. Les clauses d'inaliénabilité complète et absolue comportent en effet, d'après les arrêts (2), une double sanction : révocation de la libéralité et nullité des actes de disposition accomplis en contravention de la clause d'inaliénabilité. Or la clause de remploi, qui n'est qu'une clause « d'inaliénabilité mitigée », doit emporter une sanction analogue.

En résumé, lorsque le remploi ou l'échange ont été opérés régulièrement le nouveau bien est, comme l'ancien, affecté au même usage, et par suite, il lui est subrogé jusqu'à concurrence de la valeur qu'il représente. Si donc le nouveau bien a une valeur supérieure à l'ancien, il ne lui sera subrogé que pour partie ; pour le reste, il sera entière-

l'action est également ouverte au mari pendant le mariage. *Contrà*, C. Grenoble, 20 juillet 1865, D. 65 2.205.

(1) Voir les espèces des arrêts sur les fondations, cités dans *Bibliographie*

(2) *Nullité* des actes de disposition : Cass., 9 mars 1868, D. 68.1. 309, S. 68.1 204 ; Paris, 14 juin 1883, S. 84.2.191 et tous autres arrêts cités dans Planiol, t. I, n° 2345.

ment libre. Nous terminerons par cette observation, qu'il n'existe aucun obstacle à ce qu'un bien ne soit indisponible que jusqu'à concurrence d'une valeur déterminée ; dans ce cas cette valeur doit toujours se retrouver au cas d'aliénation ou au cas de saisie du bien, sans qu'elle puisse jamais être employée à autre chose qu'à sa destination primitive.

Telle est, en fait, la situation de certains paraphernaux, grevés de dotalité, dont nous aurons à nous occuper plus loin.

APPENDICE

De l'affectation légale.

L'affectation d'un bien à un usage déterminé peut, en dehors de la convention, résulter de l'autorité de la loi ou de celle de la coutume. Cette affectation légale était assez fréquente dans notre ancien droit (1) ; toute la théorie de la subrogation aux propres de succession s'explique par cette idée. Comme nous le montrerons, la coutume, en affectant ces biens aux besoins généraux de la famille, restreignait forcément le droit d'aliénation de leur propriétaire et rendait nécessaire la subrogation.

Aujourd'hui, la propriété du droit administratif rentre seule dans le cadre de ce chapitre. Les biens du domaine public consistent « dans des portions de territoire affectées à l'usage de tous et non susceptibles de propriété privée » (2). Dans la théorie courante, le caractère essentiel des biens du domaine public consiste dans le fait que ces biens, par leur nature, ou par suite d'une destination qui emporte une dénaturation effective, échappent aux règles

(1) Voir notre chapitre II de ce titre.
(2) Berthélemy, *Droit administratif*, 1906, p. 411 et 415.

du droit civil. Pour les biens du domaine public, la subrogation n'interviendra certainement pas ; ces biens sont inaliénables d'une façon absolue, puisque leur inaliénabilité résulte de leur nature physique, ou de leur destination économique. Si pour une raison ou une autre il est nécessaire de remplacer un de ces biens par un autre, de substituer par exemple une route nouvelle à un ancien chemin, il faudra au préalable désaffecter ou déclasser la route primitive et réaffecter ou reclasser la voie nouvelle (1).

A côté de ce domaine public, *stricto sensu*, nous trouvons le domaine public ou privé affecté aux services publics. Ici, sans doute, l'inaliénabilité, si on l'admet, ne résulte plus de la nature physique de ces biens, mais simplement de leur situation juridique ; en théorie la subrogation redevient donc possible, mais en fait cette subrogation n'interviendra jamais. C'est qu'en effet l'Etat qui affecte des bâtiments à un service, ne se lie pas par un véritable contrat ; l'affectataire n'est en principe que simple détenteur de la chose d'autrui ; et il ne peut s'opposer à ce que l'Etat désaffecte les immeubles qu'il avait mis à son service (2). Quant à la question de savoir si l'Etat peut aliéner ou non ces immeubles, elle se ramène à la controverse célèbre de la détermination des biens du domaine public (3).

(1) Berthélemy, *Ibid.*, 1906, p. 445.

(3) *Sic* : Hauriou, *Droit administratif*, p. 616 ; Berthélemy, p. 502, *in fine*. Il convient toutefois de distinguer ces affectations *administratives* toujours révocables, des affectations faites par un *contrat*, qui font naître un droit durable au profit du bénéficiaire.

Ces « affectations contractuelles » (faites surtout par des communes) seront étudiées avec les fondations dont elles sont très voisines. — Voir Planiol, t. I, p. 752, en note, et note au D. 1907.1.249.

(3) 1° Certains auteurs (Hauriou par exemple, 1907, p. 598. *Bibliographie*, note 8) rangent tous ces biens dans le domaine public ;

Les uns penchent pour l'inaliénabilité complète, les autres admettent comme possible l'aliénation de ces biens ; mais personne n'a jamais soutenu que ces biens soient simplement aliénables à charge de remploi. La subrogation est donc encore étrangère à cette question.

Pour ne pas clore ce chapitre par un simple procès-verbal de carence, signalons enfin, plutôt à titre de sujet de recherches que comme solution définitive de la question, la condition très curieuse des édifices du culte qui vont, depuis la loi du 9 décembre 1905 portant séparation des Eglises et de l'Etat, complétée par la loi du 2 janvier 1907 (art. 5 § 1), garder leur destination primitive (1).

Ces édifices sont devenus des propriétés privées, et pourtant ils n'en sont pas moins affectés à l'exercice du culte (2). Si donc une commune propriétaire d'une église voulait en prendre la libre disposition, elle ne pourrait le faire, croyons-nous, qu'à la condition de fournir au ministre du culte, pour y célébrer les offices de sa religion, un édifice au moins équivalent.

2° d'autres dans le domaine privé (Berthélemy: *Bibliographie* ; Hauriou, p. 585, note 5).

(1) Art. 5, § 1 de la loi Briand (2 janvier 1907) : A défaut d'associations cultuelles les édifices affectés à l'exercice du culte restent à la disposition des fidèles et ministres du culte pour la pratique de leur religion.

(2) Voir Saleilles, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1906, p. 847 à 874 ; Duguit, *Transformations du droit privé*, p. 172, 173, note 1, et 174 ; Bach, *Affectation des églises*, 1911. Un certain nombre d'arrêts récents ont admis cette idée d'affectation des édifices du culte et ont même reconnu au curé orthodoxe, à un fidèle quelconque de la commune, la possibilité d'agir contre la commune propriétaire pour faire respecter cette affectation. — Voir Cons. d'Et., 8 février 1908, *Recueil*, 1908, p. 127 ; Riom, 1er mars 1909, S. 1909.2.28 ; Cass., 6 février 1912, *Gaz. Pal.*, 21 février 1912 ; Paris (1re ch.), 8 février 1912, *Recueil*, I, 102 ; *Gaz. Trib.*, 29 février 1912, *Recueil*, 2, 198.

CHAPITRE II

DE LA SUBROGATION AUX PROPRES DE SUCCESSION (DANS NOTRE ANCIEN DROIT).

Bien que la distinction des propres et des acquêts ait été supprimée, depuis plus d'un siècle déjà, par la loi du 17 nivôse an II (art. 62), nous avons cru pourtant utile d'étudier rapidement la subrogation dans les propres de succession, afin de montrer que dans ces hypothèses, la subrogation réelle pouvait parfaitement s'expliquer comme une garantie des intérêts de la famille à laquelle les biens propres étaient affectés. Dans l'ancien droit comme dans le droit moderne, la subrogation nous apparaîtra comme le seul moyen de concilier deux principes au premier abord antagonistes, la nécessité de la libre circulation des biens et leur conservation dans un but défini, conservation qui est commandée ici par les intérêts supérieurs de la famille.

La qualité de propre de succession n'appartient qu'aux immeubles. Des immeubles que nous possédons, les uns nous viennent de nos parents par voie de succession, ce sont les *propres* : biens qui, provenant de la famille, doivent lui être conservés et lui retourner à notre décès ; les autres sont acquis par notre industrie, par notre travail personnel, et avec les économies par nous faites, ce sont les *acquêts*. Les propres étant avant tout des biens affectés aux besoins de la famille (1), n'ont dû à l'origine n'être aliénables qu'avec le

(1) Bien « tellement affecté à la famille », art. 139, Coutume de

consentement de celle-ci représentée par l'héritier présomptif ; l'affectation rigoureuse des propres aux besoins de la famille entraînait donc leur inaliénabilité complète ; plus tard on admit la validité de l'aliénation au cas de pauvreté jurée (1), la possibilité de l'échange ; on aurait pu décider également que la vente d'un propre serait valable dans le cas d'un remploi, puisque le remploi, pas plus que l'échange, ne compromet les intérêts de la famille.

C'est la solution défendue par Jean Bouteiller dans la *Somme rurale* (2) : « *Ne peut vendre l'homme son héritage, qui de par père et de par mère luy vient, c'est à scavoir par trois conditions : la première si par le gré et consentement de son hoir ; la seconde par pauvreté ; la tierce condition pour employer en plus suffisants héritages.* » C'est également la solution adoptée par la Coutume d'Artois (1554) dans son article 76 : « *Et pour vendre ou aliéner son héritaige patrimonial, il est requis d'observer l'une des trois voyes pour ce introduites par la coutume, assavoir que ce soit, par le consentement de l'héritier apparant ; ou que ce soit par remploy : assavoir en remployant les deniers de la vendue des dits heritaiges, en heritaiges de telle nature et valeur, comme l'heritaige vendu* » ; « *ou tiercement que telle vente soit faite par nécessité jurée par le vendeur.* » Dans cette coutume, la clause de remploi est sanctionnée par le droit pour l'héritier de demander la résolution de la vente, dans le cas où elle n'a pas été fidèlement exécutée.

Paris ; art. 313, Coutume d'Orléans ; ce sont les propres termes employés par ces coutumes.

(1) Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé*, p. 207 et 208.

(2) Jean Bouteiller, *Somme rurale*, livre Ier, titre 67, p. 401 ; Ed. Charondas le Caron, Paris, 1611; Œuvre écrite vers 1390. — Voir à ce sujet Viollet, p. 194 ou 211, *Histoire du droit civil*, 3e éd , 1905.

Dans l'échange, et dans l'aliénation avec remploi, il aurait été tout naturel de considérer le bien ainsi acquis comme affecté à la place de l'ancien aux besoins de la famille, et par suite de lui reconnaître le caractère de propre de succession ; c'est la solution qui a été admise pour l'échange, mais ce n'est pas celle qui a triomphé dans la vente avec remploi. Et la raison en est qu'en cette matière, le développement normal des clauses de remploi a été entravé par les progrès d'une institution rivale, celle du retrait lignager. Il existe en effet deux moyens de protéger les futurs héritiers contre les actes de disposition de leur parent : la subrogation qui conduit à ne valider toute aliénation qu'à charge de l'acquisition d'une contre-valeur, le retrait qui permet aux parents de se substituer à l'acquéreur en prenant le marché pour leur propre compte, dans le délai d'an et jour. Ces deux moyens de protection s'excluent l'un et l'autre, car, au cas de retrait, le bien est censé avoir conservé, à l'égard des lignagers, le caractère de propre, au moins pendant le délai d'an et jour, tandis que dans l'hypothèse de subrogation, le bien aliéné cesse d'être un propre du jour où il a été remplacé par un autre bien qui lui emprunte son caractère juridique.

On peut donc affirmer qu'en principe la subrogation ne se produit que dans toute aliénation qui n'est pas sujette au retrait, et que chaque fois que le retrait est admis, il rend impossible la subrogation (1). C'est de ce principe que nous allons envisager maintenant les conséquences.

(1) Voir Stora, thèse citée, p. 77.

§ 1. — De la subrogation dans l'échange.

L'échange n'est pas soumis, comme la vente, au retrait, et c'est pourquoi la subrogation qui n'a pas lieu dans la vente avec remploi s'opère dans l'échange. Telle est en effet la solution adoptée par l'article 143 de la Coutume de Paris, « la maîtresse coutume » : « Quand aucun a éschangé son propre héritage à l'encontre d'un autre héritage, le dit héritage est propre de celui qui l'a eu par eschange ; et si le vend, il chet en retraict. » Cette disposition se retrouve dans la Coutume d'Orléans (art. 385) et dans la plupart des autres coutumes (1). Bien que nos anciens auteurs ne se soient pas beaucoup préoccupés de dégager le fondement historique de cette règle, ils l'admettent généralement comme un principe rationnel et indiscutable, comme un axiome juridique qui trouve sa place dans les *Institutes coutumières* de Loysel (2) : « Héritage échangé est de pareille nature qu'était le contre-échangé. » Seul le *Répertoire* de Guyot, devenu plus tard le *Répertoire* de Merlin (3), critique cette solution en partant de cette idée que l'échange est en tout semblable au remploi et que le remploi ne produit pas la subrogation : « De l'aveu même des partisans de la subrogation, échanger un héritage pour un autre, c'est la même chose que vendre et remployer ; or il est admis que la subrogation n'a pas lieu de plein droit dans le remploi du prix d'un propre aliéné ; pourquoi donc aurait-elle lieu dans l'échange ? »

Merlin, sans s'en douter, commet ici un véritable contre-

(1) Voir la liste des coutumes donnant la même solution citée dans le *Répertoire* de Guyot-Merlin, V° *Subrogation*.

(2) Loysel, livre II, titre I, art. 17.

(3) Merlin ou Guyot, *Répertoire*, titre II, § 2.

sens historique ; c'est en effet l'échange qui nous fournit la solution naturelle par excellence : le bien échangé étant, comme l'ancien, affecté aux besoins de la famille, et si l'on n'a pas donné la même solution au cas de vente avec remploi, c'est que le retrait lignager a rendu dans cette hypothèse inutile la protection spéciale résultant de la subrogation.

§ 2. — De la subrogation dans la vente avec remploi.

A. — *Entre majeurs.* — La vente avec remploi d'un propre de succession faite entre majeurs n'imprime pas au nouvel immeuble le caractère de propre, et la raison en est que la vente est toujours soumise au retrait et que le retrait exclut — comme nous l'avons montré — la subrogation ; la subrogation n'a même pas lieu si le vendeur a déclaré dans l'acte d'acquisition, qu'il paye avec les deniers provenant de l'aliénation du propre, et que le fonds qu'il achète doit remplacer ce propre ; et pourtant cette double déclaration du vendeur rend bien évidente la filiation du nouvel immeuble.

Cette solution résulte, implicitement du moins, de l'article 143 de la Coutume de Paris qui décide que l'héritage vendu sera soumis au retrait, mais non qu'il prendra le caractère de propre comme au cas d'échange.

Telle est l'opinion admise par presque tous nos anciens auteurs, en particulier par Pothier (1), et la raison qu'il en donne est purement théorique : « c'est que le nouvel héritage ne me tient pas lieu immédiatement de mon héritage

(1) Pothier, *Traité des retraits,* n° 59 ; Pothier, *Traité de la communauté*, n° 197.

que j'ai vendu, mais plutôt du prix pour lequel je l'ai vendu. » Or le prix étant un objet mobilier n'est pas susceptible de la qualité de propre de succession, il ne peut donc transmettre cette qualité à l'immeuble acquis en remploi. Cet argument extrêmement subtil ne saurait nous convaincre, et c'est pourquoi nous croyons que Renusson (1) compris beaucoup mieux que Pothier le caractère de notre institution lorsqu'il s'est efforcé de faire triompher en cette matière la thèse de la subrogation.

Renusson commence tout d'abord par dégager avec beaucoup de force son fondement économique. La subrogation est fondée « sur deux considérations principales : la première... de conserver les immeubles aux parents de la ligne dont ils sont venus, la deuxième est que celui qui ne fait qu'échanger son héritage avec un autre n'a pas l'intention d'aliéner et de se dépouiller, puisqu'il substitue et subroge un autre héritage en la place de celui qu'il quitte ».

Or la vente avec remploi est absolument identique à un échange, elle permet d'assurer la conservation des propres à la famille, tout en changeant la nature d'un placement désavantageux ; « le cas proposé équipolle à un échange », comme le dit très bien Renusson. C'est pourquoi nous croyons que cet auteur avait parfaitement raison lorsqu'il admettait la subrogation dans la vente avec remploi, comme dans l'échange ; si son système, qui historiquement était en germe dans la *Somme rurale* et dans la Coutume d'Artois, n'a pas triomphé, son échec ne peut s'expliquer que par la concurrence que le retrait a faite à la subrogation.

B. — *Vente faite par un mineur.* — Ici le retrait ligna-

(1) Renusson, *Traité des propres*, ch. I, sect. X, § 32.

ger n'a pas lieu (1), et la subrogation redevient possible, elle est consacrée par l'article 94 de la Coutume de Paris qui est ainsi conçu : « Rentes constituées à prix d'argent sont réputées immeubles jusqu'à ce qu'elles soient rachetées ; toutefois, au cas que celles qui appartiennent à des mineurs soient rachetées pendant leur minorité (2), les deniers du rachapt ou le remploy d'iceux en d'autres rentes ou héritages sont censés de même *nature* et *qualité d'immeubles* qu'estoient les rentes aussi racheptées pour retourner aux parents du côté et ligne dont les dites rentes estoient procédées. »

Cet article est complété par l'article 351 de la Coutume d'Orléans qui ajoute : « Et le semblable aura lieu pour deniers procedans de la vente d'héritages des mineurs. » Il résulte de ces deux textes combinés qu'au cas de rachat d'une rente constituée ou de vente d'un propre appartenant au mineur, les deniers provenant de la vente ou du rachat, et les biens acquis en remploi vont prendre le caractère de propre de succession. Le motif de cette disposition est très simple à apercevoir : les rentes constituées ne sont pas sujettes au retrait (3) ; la famille est donc entièrement désarmée, et pourtant des fraudes sont à craindre de la part des tuteurs ; c'est Pothier qui nous l'apprend (4) : il

(1) Du moins dans l'hypothèse de l'article 94 de la Coutume de Paris que nous étudions, car les ventes de propres faites par des mineurs sont, d'une façon générale, aussi bien susceptibles de retrait que celles faites par des majeurs.

(2) On discutait, si cette disposition devait être étendue aux interdits ? La jurisprudence semblait ne pas étendre cet article (Arrêt du 1er juillet 1686). — *Sic* : note Pothier, *Sous la Coutume d'Orléans*, art. 351, éd. Paris, frères Debure, 1776.

(3) Brissaud, *Manuel*, p. 203, note 1.

(4) Pothier, *Traité des propres*, n° 90.

faut,dit-il, « conserver les biens des familles contre les fraudes des tuteurs qui pourraient procurer le rachat des rentes des mineurs qui seraient propres d'une autre ligne que la leur, pour en frustrer les parents de cette autre ligne dans la succession du mineur au cas qu'il vînt à décéder ».

La subrogation s'imposait donc comme la seule garantie des intérêts de la famille, dans le cas de remploi des deniers provenant du rachat d'une rente constituée ; cette solution a été étendue ensuite par voie d'analogie, à l'hypothèse d'un remploi d'un héritage propre quelconque, qui pourtant est toujours susceptible d'être retrayé par les lignagers (1).

Cette subrogation était généralement considérée par nos anciens auteurs comme le type par excellence de la subrogation-fiction.

Comment, en effet, attribuer à des deniers ou à des choses provenant de deniers, le caractère de propre de succession, alors que seuls les immeubles sont susceptibles de revêtir ce caractère ? Il n'est possible d'arriver à ce résultat qu'en attribuant *fictivement* à ces deniers le caractère d'immeuble. Et M. Stora lui-même, qui, dans sa thèse, fait pourtant preuve d'une grande largeur d'idées et repousse la doctrine de la subrogation-fiction, qualifie cette subrogation du nom de « subrogation imparfaite » (2).

Pourtant cette subrogation nous semble simplement une exception à cette règle que, seuls, les immeubles sont susceptibles de la qualité de propre succession, probable-

(1) Le bien acquis en remploi, même lorsqu'il prend le caractère de propre, conformément à l'article 94 de la Coutume de Paris ne sera jamais soumis au retrait, car alors les lignagers pourraient à la fois retrayer les biens aliénés et les biens acquis en remploi.

(2) Stora, thèse citée, p. 109.

ment parce que seuls ils représentent l'élément important de la fortune ; les meubles objets, périssables, n'ayant que peu de valeur ; *Vilis mobilium possessio* (1).

D'ordinaire donc il n'y a intérêt à conserver aux familles que les immeubles ; mais il se peut pourtant, qu'afin d'éviter des fraudes, comme dans le cas présent, il soit utile de grever d'affectation des meubles, et cette affectation des meubles aux besoins de la famille ne présentera à aucun titre le caractère d'une fiction.

Les deux qualités de propre et d'immeuble, d'ordinaire associées, sont en réalité parfaitement séparables,et ce qui le prouve, c'est que les deniers ne sont immobilisés que dans la mesure où cette immobilisation est utile pour sauvegarder les intérêts des parents de la ligne dont provenaient les rentes rachetées (2). Comme le dit très justement Stora (3) : Cette immobilisation n'est pas ici le *but* de la subrogation, mais simplement le *moyen* nécessaire pour assurer l'attribution de ces deniers aux lignagers du mineur. » Les deniers par suite ne seront réputés immeubles que dans la mesure où cette immobilisation sera nécessaire, pour leur accorder le caractère de propre de succession ; pour le reste, ils conserveront leur nature mobilière : en cas de mariage du mineur, ils tomberont dans la communauté, ils ne seront pas susceptibles d'hypothèque.

Cette subrogation, limitée quant à ses effets, est limitée aussi quant à sa durée. Elle prend fin avec la minorité ; du

(1) *Vilis mobilium possessio.* — Voir sur ce sujet, thèse Barthou, Paris, 1886, et Viollet, *Histoire du droit privé*, n° 621.

(2) Art. 94, Coutume de Paris : « Ces deniers ou le remploy d'iceux sont censés de *même nature et qualité d'immeuble, pour retourner aux parents du côté et ligne*, dont les dites rentes estoient procédées ».

(3) Stora, thèse citée, p. 113.

jour où le mineur est devenu majeur, les deniers, et les biens acquis en remploi cessent d'être des propres pour devenir des acquêts ; et même avant sa majorité, le mineur, parvenu à l'âge de tester, peut disposer librement de ses biens par testament ; la subrogation n'a donc lieu qu'au cas de succession « *ab intestat* » du mineur décédé mineur (1).

§ 3. — De la subrogation dans l'échange avec soulte.

L'échange produit la subrogation, mais ne donne point ouverture au retrait ; la vente, au contraire, est sujette au retrait, mais n'engendre point la subrogation. Que décider pour l'échange avec soulte qui est un contrat hybride qui tient à la fois de la vente et de l'échange ?

A. — La solution la plus logique aurait été d'admettre le retrait au prorata de la soulte, et la subrogation jusqu'à concurrence du plus petit des immeubles échangés ; c'est le système adopté par la Coutume de Paris dont l'article 145 est ainsi conçu : « En échange, s'il y a soulte excédant la valeur de la moitié, l'héritage est sujet à retrait pour portion de la soulte ; mais si la soulte est moindre que la dite moitié, il n'y a lieu au retrait ». Cet article décide que le retrait n'aura jamais lieu que lorsque la soulte aura une valeur supérieure à celle du plus petit des immeubles échangés. Si l'immeuble reçu avec la soulte a une valeur au moins égale à cette soulte, le retrait n'a pas lieu, et la subrogation s'opère jusqu'à concurrence du plus petit des immeubles échangés. Dans le cas contraire où la soulte est plus forte et donne lieu au retrait, la subrogation s'opère toujours de la même manière, mais le retrait n'est que partiel, et n'a lieu que pour le montant de la soulte. La Coutume de Paris s'est

(1) Note de Pothier, n° 7, sous la Coutume d'Orléans, art. 351. Edition publiée chez les frères Debure, Paris, 1776.

bornée à confirmer sur ce point l'ancienne jurisprudence du Châtelet (1).

B. — Le système adopté par la Coutume de Paris qui admet la subrogation dans la mesure où le contrat constitue un échange, et le retrait dans la mesure où il peut être qualifié de vente est certainement le plus logique, mais, pratiquement, il sera difficile à appliquer, et c'est pourquoi l'article 384 de la Coutume d'Orléans (2) utilisant la règle *Major pars trahit ad se minorem*, décide : que si la soulte est inférieure au plus petit des immeubles échangés, cette opération constitue un échange, qu'il n'y a pas retrait, mais subrogation ; que si la soulte,au contraire,dépasse la valeur du fonds échangé, on se trouve en présence d'une vente engendrant le retrait et non la subrogation.

§ 4. — De la subrogation dans le bail à rente.

Le contrat de rente (3) est, d'une façon très générale, une opération juridique par laquelle une personne cède à une autre un héritage, un droit réel immobilier ou un capital, à charge de lui servir une rente annuelle d'une certaine somme d'argent. Par *rentes foncières*, on entend les rentes établies moyennant l'aliénation d'un héritage ; la rente foncière est un droit réel immobilier qui représente la valeur du fonds aliéné ; en principe, elle est irrachetable (4), sauf

(1) *Grand Coutumier*, p. 337 et 344.

(2) Art. 384, Coutume d'Orléans : « S'il y a tournes excédant la moitié de la valeur de l'héritage baillé sans tournes tous les héritages baillés de part et d'autre sont subjets à retrait. »

(3) Voir la définition donnée par Pothier du bail à rente : *Traité du bail à rente*, chap. I, n° 1.

(4) Voir également Brissaud, *Histoire du droit privé*, p. 479 et 480, surtout note 1, p. 479.

convention contraire, et alors la faculté de rachat se prescrit par trente ans.

Au lieu d'un fonds, une personne peut céder à une autre un capital ou une somme d'argent à charge de lui servir une rente ; la rente ainsi établie est une *rente constituée* qui, dans le dernier état du droit du moins, est essentiellement rachetable.

Recherchons dans quelle mesure la subrogation s'opérait dans le bail à rente?

A. — *Rente foncière.* — 1° Lorsque la rente est irrachetable, ce qui est le cas normal, le bail à rente est entièrement assimilé à un échange, il ne donne pas lieu au retrait (1), mais il engendre la subrogation, la rente est propre comme l'héritage aliéné. 2° Au contraire, lorsque la rente a été stipulée rachetable, l'aliénation est sujette à retrait (2) tout comme une vente ; il serait donc tout naturel de décider, en vertu des principes que nous avons exposés, que la rente n'est pas subrogée à l'immeuble aliené. Pourtant la subrogation est admise par le *Répertoire* de Merlin (3), qui nous rapporte que telle était l'opinion de Renusson et de Denisart (4). Merlin cite en ce sens l'article 121 (ou plus exactement 122) de la Coutume de Sens qui est, dit-il, à tort (5) la « seule loi qui ait prévu la question ».

B. — *Rente constituée.* — A Paris, à Orléans, et dans la plupart des coutumes, la rente constituée est un immeuble

(1) Coutume de Paris, art. 137 ; Coutume d'Orléans, art. 388.

(2) Coutume de Paris, art. 137 ; Coutume d'Orléans, art. 390.

(3) Merlin, *Répertoire*, sect. II, § 4.

(4) Renusson, *Traité des propres*, V, 1, n° 6 ; Denisart, *Rentes foncières*, n° 2.

(5) Même solution est donnée par l'article 65 de la Coutume de Troyes.

qui est susceptible de revêtir la qualité de propre de succession, les rentes constituées ne sont pas soumises au retrait, la vente d'une rente constituée ne donne pas lieu au retrait.

Nos anciens auteurs (en particulier Pothier) (1) n'admettaient pas non plus le retrait de l'héritage propre échangé contre une rente constituée ; dans ce cas la famille n'était pas garantie par le retrait mais par la subrogation de la rente dans la qualité de propre. Rappelons également l'article 94 de la Coutume de Paris qui consacre, à titre tout à fait exceptionnel, la subrogation aux rentes constituées des deniers provenant de leur rachat.

§ 5. — De la subrogation dans le partage de succession.

Il nous faut maintenant préciser quelque peu en quoi consiste l'affectation des propres à la famille, affectation qui a pu paraître jusqu'ici un peu vague. Au décès d'une personne les propres reviennent à la famille, mais en vertu de la règle « *paterna paternis, materna maternis* », chaque catégorie de biens doit retourner à la ligne dont elle provient (2) ; les propres provenant de la ligne paternelle, ne devaient donc pas aller aux parents maternels et réciproquement. On voit que les propres sont affectés non seulement à la famille d'une façon générale, mais plus spécialement encore à la branche de la famille dont ils sont venus. Cette observation va nous permettre de rendre compte de la subrogation dans le partage de succession.

La difficulté à résoudre, que nous exposerons d'après Pothier (3), est la suivante : « Il se trouve dans une succession

(1) Pothier, *Traité des retraits*, nos 90 et 94.
(2) Brissaud, *Droit privé*, p. 209 *in fine* et 210.
(3) Pothier, *Traité des propres*, n° 84.

un héritage qui est pour moitié paternel, et pour l'autre moitié maternel, et qui vaut 10.000 livres, et un autre qui est en entier propre paternel et qui vaut 5.000 livres ; cet héritage deviendra en la personne de l'héritier maternel, par la *subrogation*, propre maternel, car il a cet héritage immédiatement à la place de la moitié de l'autre héritage qui était pour cette moitié propre maternel. »

L'hypothèse est simple : deux personnes appartenant chacune à une ligne différente partagent une succession ; pour plus de commodité, l'héritier paternel prend en entier l'héritage de 10.000 livres, et l'héritier maternel celui de 5.000 livres, il est donc tout naturel que ce dernier héritage soit considéré comme propre maternel, afin de sauvegarder les intérêts de cette ligne. La subrogation s'expliquera, selon nous, par cette idée, que si le partage peut changer la composition physique des lots qui doivent revenir à chacune des lignes, il ne peut modifier leur valeur relative ; la valeur de chaque masse de biens étant affectée à une ligne par préférence à l'autre, et les parties ne pouvant par leurs conventions porter atteinte à cette affectation.

Cette subrogation semble donc toute naturelle, son intérêt pratique a été mis en lumière par Lebrun (1) : « Si, disait-il, je partage la succession d'un cousin à qui j'étais tel du côté de sa mère, avec d'autres cousins qui lui étaient tels du côté de son père, et qu'au lieu des propres maternels, on me donne des paternels, si ces propres ne changent pas de nature à l'occasion de ce partage par l'effet de la subrogation, il s'ensuit qu'ils appartiennent dans ma succession aux parents paternels de mon cousin qui ne me

(1) Lebrun, *Traité des successions*, liv. II, ch. I, sect. I, n° 71.

sont point parents, et que les mêmes les pourront retirer, si je les vends pendant ma vie. » La subrogation réelle est le moyen le plus simple d'éviter des conséquences aussi absurdes. Il est vrai qu'on a prétendu écarter ici la fiction de la subrogation, en lui en substituant une autre, celle « du partage déclaratif ». C'est l'opinion admise par Merlin (1) qui commence par nous rappeler la définition que Brodeau donne du partage : « Le partage autorisé par la loi, produit un droit déclaratif et un effet réductif et rétroactif dirimant ; en sorte que le cohéritier est présumé n'avoir été saisi, ni n'avoir eu droit, quelque temps que la communauté et indivision ait duré, sinon aux choses qui sont échues dans son lot sans que l'on puisse remonter plus haut. » Partant de cette idée (2), on doit considérer que l'héritier maternel (dans l'exemple de Pothier) (3) ayant toujours été propriétaire des choses mises dans son lot, est censé avoir succédé directement au défunt, et avoir hérité de lui les biens mis dans son lot ; par suite le propre paternel qui lui a été donné pour le remploi de sa part, ne constitue pas un propre maternel de subrogation ou propre fictif, mais un propre maternel réel (4). Cette explication nous semble ingénieuse, mais on peut lui faire le reproche d'étendre d'une façon exagérée les effets du partage déclaratif qui, étant lui aussi une fiction, doit s'interpréter d'une manière étroite. Nous préférons donc l'explication habituelle de la théorie du partage par l'idée de

(1) *Répertoire* Merlin, sect. II, § 3.

(2) C'est l'opinion admise par Stora dans sa thèse, p. 108.

(3) Voir l'exemple de Pothier cité plus haut.

(4) Et la raison en est que du moment qu'il est parent au défunt par sa mère, tous les biens qu'il hérite de lui, prennent forcément « le caractère de propre maternel », au moins entre ses mains.

subrogation, idée qui n'est que la traduction très exacte de l'affectation des propres aux besoins de la famille.

Conclusion. — M. Saleilles (1) considère que la subrogation aux propres de succession présentait toujours le caractère d'une fiction. « Il faut en dire autant, dit-il, de la matière des propres de succession, puisque tout ce qui touche à la dévolution des biens rentre dans le domaine exclusif de la loi, et que la volonté des particuliers, à moins de s'exercer dans la forme normale du testament, n'y peut rien. » M. Saleilles en conclut que : « c'est ici qu'il est vrai de dire que la règle est celle de l'interprétation restrictive. »

Que la subrogation réelle soit ou non une fiction, c'est une question dont nous avons ajourné la réponse jusqu'à la fin de notre travail. Nous avons simplement à rechercher pour le moment, si le fondement de cette subrogation est légal ou conventionnel ?

Or il nous semble qu'à l'origine les parents n'ont dû laisser leurs biens à leurs enfants, qu'à condition de ne jamais les faire sortir de la famille ; la coutume, en affectant les propres aux besoins de la famille, ne faisait en cela que présumer la volonté du défunt ; plus tard l'idée de copropriété familiale perdant chaque jour du terrain, la présomption de volonté posée par la loi a dû se trouver souvent en défaut, et la subrogation, de conventionnelle qu'elle était au début, est devenue purement légale.

Mais, malgré tout, cette subrogation n'aurait jamais dû être interprétée restrictivement ; elle s'imposait chaque fois qu'un propre avait été aliéné et remplacé par une contre-valeur, et si elle n'a pas toujours été admise dans toutes

(1) Saleilles, note au S. 94.2.186.

les hypothèses de ce genre, c'est uniquement pour les raisons historiques que nous avons exposées au cours de ce chapitre, en particulier, par suite de la concurrence que le retrait lignager faisait à la subrogation.

CHAPITRE III

DE LA SUBROGATION DANS LES PATRIMOINES D'AFFECTATION.

Patrimoine héréditaire, patrimoine social, patrimoine commercial.

D'après l'article 2092 du Code civil, le patrimoine du débiteur est le gage commun de ses créanciers chirographaires, les biens du débiteur étant considérés comme affectés au paiement de ses dettes. C'est pourquoi lorsque le débiteur aliène un bien et en acquiert un autre à sa place, le nouveau bien est considéré comme subrogé réellement à l'ancien, c'est-à-dire comme affecté également au paiement de ses créanciers.

Cette application de la subrogation a été dernièrement très contestée (1). On a fait observer « que si les biens nouveaux sont soumis au droit des créanciers, ce n'est pas comme biens subrogés, mais comme biens à venir. Tout bien à venir acquis à titre onéreux, ou à titre gratuit devient le gage des créanciers qui peuvent le saisir, et cela en vertu du principe : qui s'oblige oblige le sien. C'est par cette règle qu'il faut expliquer les phénomènes juridiques qui se produisent dans le patrimoine. L'idée de subrogation à elle seule n'y suffit pas, puisque les biens acquis à titre

(1) Demogue, *Subrogation réelle*, p. 55 ; Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil* (1re édit. seulement), IV, p. 190. Voir ce texte cité dans notre conclusion.

gratuit qui tombent dans le patrimoine et qui ne remplacent pourtant aucun bien, sont également soumis à ce droit de gage. »

Nous reconnaissons bien volontiers la justesse de ces critiques. Il est vrai d'admettre que l'étendue du droit de gage des créanciers s'apprécie non pas d'après la valeur du patrimoine au jour de l'obligation, mais d'après sa valeur au jour du paiement ou de l'exécution forcée, que par suite ce droit s'étend à tous les biens acquis par le débiteur à titre gratuit ou à titre onéreux, et qu'inversement il ne peut plus s'exercer sur les biens régulièrement aliénés.

Mais sous ces réserves il n'est pas inexact de considérer comme subrogés au bien aliéné, les biens acquis en échange ou en remploi, ces biens étant affectés comme le bien aliéné au paiement des créanciers parce qu'ils représentent, au moins dans ce cas, des valeurs patrimoniales (1).

Comme nous l'avons admis, un individu peut avoir en fait plusieurs patrimoines : outre le patrimoine général gage commun de ses créanciers, il peut être à la tête aussi de petits patrimoines spéciaux, qui ont été distraits de ce gage commun pour être affectés à un but propre. C'est ainsi qu'au cas de séparation des patrimoines, il n'y a pas confusion entre le patrimoine personnel de l'héritier et le patrimoine du défunt ; il y a constitution de deux masses de biens ayant chacune une affectation différente. De même le patrimoine social est distinct du patrimoine personnel de l'associé. Pour certains auteurs également, le patrimoine commercial ou fonds de commerce, ne se confond pas avec le patrimoine civil du commerçant.

Mais lorsqu'une personne se trouve ainsi à la tête de plu-

(1) *Sic* : Saleilles, note S. 1894.2. p. 186, col. 3.

sieurs patrimoines, comment reconnaître les biens qui en feront partie ? Comment décider si une chose rentrera dans le patrimoine général ou dans l'un des patrimoines spéciaux ? C'est ici que la subrogation réelle interviendra de nouveau ; car il est tout naturel de s'en référer à l'origine des biens pour déterminer leur condition juridique ; selon qu'un bien aura été acheté avec deniers provenant de telle ou telle source, il appartiendra à telle ou telle masse patrimoniale déterminée. Et la subrogation s'expliquera encore, théoriquement, par cette idée, que les biens subrogés, ayant pris la place de biens affectés, doivent être considérés comme grevés de la même affectation, et pratiquement par cette raison qu'il est équitable de conserver entre chaque masse patrimoniale la même proportion de valeur.

§ 1. — Séparation des patrimoines.

L'acceptation pure et simple d'une hérédité fait courir de grands dangers aux créanciers de la succession. Elle entraîne en effet confusion des patrimoines de l'héritier et de la succession, et oblige ainsi les créanciers héréditaires à concourir avec les créanciers personnels de l'héritier sur cette masse unique de biens. Au cas d'insolvabilité de l'héritier la situation des créanciers héréditaires est donc gravement compromise.

Pour sauvegarder leurs droits, la loi leur permet de demander la *séparation des patrimoines*, c'est-à-dire de provoquer la constitution de deux masses de biens ayant chacune leur actif et leur passif, et de se faire payer sur les biens laissés par le défunt à l'exclusion de tous autres créanciers.

Aujourd'hui, la séparation des patrimoines a cessé d'être comme à Rome une mesure collective pour devenir un bé-

néfice individuel dont chacun use à sa guise : elle est demandée par chaque créancier à l'encontre de chaque héritier. Toutefois, pour simplifier, nous supposerons qu'en fait la séparation a été demandée par tous les créanciers héréditaires à l'encontre de tous les héritiers.

Dans ces conditions il y a constitution de deux masses patrimoniales : le patrimoine général de l'héritier qui est le gage commun de tous les créanciers, et le patrimoine héréditaire qui est le gage exclusif des créanciers de la succession. Cette division de la fortune du défunt en deux patrimoines, a forcément un caractère anormal, fictif même (1), pour les auteurs qui s'inclinent encore devant le dogme de l'indivisibilité du patrimoine ; elle se justifie au contraire sans aucune difficulté pour ceux qui admettent la possibilité de la pluralité de patrimoines, la co-existence, à côté du patrimoine général, de patrimoines spéciaux ayant une affectation déterminée.

Mais comment délimiter les biens qui feront partie de ce patrimoine héréditaire et qui seront ainsi le gage exclusif des créanciers de la succession ? Aucun doute, si les biens appartenaient originairement au défunt. Mais que décider pour les biens aliénés par l'héritier et remplacés par une contre-valeur ? La question est facile à résoudre ; toute valeur acquise par l'héritier sera forcément grevée, comme le bien aliéné, de la même affectation, elle sera par suite le gage exclusif des créanciers héréditaires. Leur droit de gage, qui a en effet pour objet la valeur globale du patrimoine héréditaire, s'étend à tous les biens, qui peuvent être considérés comme la représentation de cette valeur.

Avec la doctrine courante (2) nous admettrons donc que

(1) Planiol, *Manuel de droit civil*, t. III, n° 2182.

(2) *Sic* : Demolombe, t. XVII, n° 181 ; Aubry et Rau, t. VI, § 619, note 3; Baudry et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, t. I, n° 859.

la séparation s'exerce sur le prix encore dû des biens héréditaires aliénés par l'héritier, sur les immeubles ou sur les meubles acquis en échange de ces biens, sur les choses représentant le remploi des prix d'aliénation.

Les biens ainsi acquis sont, si l'on veut, subrogés aux biens aliénés. Mais tout l'effet de la subrogation est alors d'étendre aux biens ainsi obtenus, la qualité qui exprime leur affectation nouvelle, c'est-à-dire la qualité de bien héréditaire. Il ne faudrait pas étendre au delà de ces termes la portée de la subrogation, qui n'a naturellement jamais pour objet de transmettre, d'un bien à un autre, la qualité de chose mobilière ou immobilière. Ces principes très simples ont pourtant été méconnus par certains auteurs.

Aux termes de l'article 880 du Code civil, les conditions d'exercice de la séparation des patrimoines varient suivant qu'il s'agit des meubles, ou des immeubles héréditaires. A l'égard des meubles le droit de demander la séparation se prescrit par le laps de trois ans. A l'égard des immeubles, l'action peut être exercée tant qu'ils existent dans la main de l'héritier. Or une controverse s'élève lorsqu'un immeuble héréditaire se trouve remplacé par une valeur mobilière, lorsque la créance du prix a pris par exemple la place de l'immeuble vendu. Cette créance étant subrogée à l'immeuble vendu, les créanciers héréditaires pourront prétendre se faire payer sur elle, par préférence aux créanciers personnels de l'héritier. Mais cette créance est une chose mobilière ; le droit de demander la séparation des patrimoines s'éteindra-t-il à son égard par la prescription de trois ans? On admet généralement la négative (1) en se fondant sur la maxime : *Subrogatum sapit naturam subrogati.*

(1) *Sic* : Aubry et Rau, VI, p. 482, § 613, note 34 ; Planiol, *Manuel de droit civil*, III, 2201.

La créance du prix étant subrogée à l'immeuble vendu, doit lui emprunter sa nature immobilière ; comme à l'égard des immeubles, l'action des créanciers héréditaires sera donc recevable tant que cette créance sera la propriété de l'héritier.

La longue analyse que nous avons faite des qualités des biens et des effets de la subrogation (1) nous dispensera d'insister longuement sur cette erreur d'interprétation de la maxime *Subrogatum sapit naturam subrogati*.

La subrogation ne peut jamais transmettre d'un bien à un autre que les qualités qui expriment son affectation à un usage déterminé, et non les qualités de meuble ou d'immeuble qui sont déterminées d'après sa nature physique ou économique. Par l'effet de la subrogation, la créance du prix est affectée d'une façon exclusive au paiement des créanciers héréditaires ; en ce sens, elle prend, comme le bien vendu, la qualité de chose héréditaire ; mais elle n'en conserve pas moins sa nature mobilière. La prescription de trois ans éteindra donc l'action en séparation relativement à cette créance, et la prescription commencera à courir dès que cette créance se trouvera soumise à l'action en séparation, c'est-à-dire du jour de l'aliénation de l'immeuble (2).

§ 2. — Patrimoine social.

Dans les sociétés commerciales et civiles, au moins d'après la jurisprudence, il y a constitution d'une masse de biens

(1) Voir notre titre I, chap. IV, § 3.

(2) Nous disons du jour de l'aliénation et non du jour de l'ouverture afin d'éviter le reproche que l'on fait d'ordinaire à ce système. — V. Planiol, *loc. cit.* — Notre système est la conséquence de cette idée générale : « Que toute action commence à se prescrire du jour où elle a pris naissance. »

séparée des patrimoines personnels des associés et qui devient le gage exclusif des créanciers sociaux. Comment expliquer ce résultat ? On y arrive généralement en faisant intervenir l'idée de personnalité morale. Le patrimoine social est distinct du patrimoine personnel des associés, parce qu'il est la propriété d'une personne juridique qui est la société. Il est donc naturel que cette personne morale, comme toute personne physique, possède ses créanciers à elle, et que son patrimoine en soit le gage exclusif.

Plus exactement, ne peut-on pas dire qu'au moins en ce qui concerne les sociétés de personnes, il y a constitution de plusieurs masses de biens ayant une affectation distincte (1) ; qu'à côté de son patrimoine général, gage de tous ses créanciers, chaque associé possède en fait un petit patrimoine, qui est soumis à un régime spécial, et qui comme tel est soustrait au droit de gage général de l'article 2092 du Code civil.

Quoi qu'il en soit, nous sommes toujours en présence d'un patrimoine social juridiquement distinct du patrimoine personnel de l'associé. Mais en fait, surtout dans les sociétés de personnes où les adhérents sont peu nombreux, ces patrimoines sont souvent réunis dans les mêmes mains. Il pourra donc être parfois délicat de fixer la composition de chaque masse patrimoniale.

Naturellement le patrimoine social comprendra les apports des associés. Mais que décider pour le cas où ces

(1) Idée défendue par Saleilles pour les sociétés de personnes dans son livre cité, De la commandite, *Annales de droit commercial*, 1897, p. 46. — Voir les réserves aujourd'hui faites par cet auteur sur son propre système dans son livre *De la personnalité juridique*, p. 390 et 22e leçon, où il adopte la théorie de la réalité juridique des personnes morales.

apports auraient été en fait aliénés et remplacés par un autre bien ? Il est bien évident que les biens ainsi acquis en échange ou en remploi de biens aliénés auront forcément, comme les biens qu'ils remplacent, le caractère de biens sociaux, c'est-à-dire de biens affectés au développement normal de l'entreprise commerciale ou industrielle, que les associés ont créée. Ici encore se présente un phénomène juridique que nous pouvons rattacher à l'idée de subrogation.

§ 3. — Fonds de commerce.

Sous le nom de fonds de commerce, on désigne un ensemble d'éléments qui servent à un commerçant pour l'exercice de sa profession et qui sont : la clientèle, l'achalandage, le droit au bail, le matériel, les marchandises, le nom commercial, l'enseigne, les brevets d'invention, les marques et modèles de fabrique.

Quel est le caractère du fonds de commerce ? Constitue-t-il une *universitas facti*, c'est-à-dire une réunion de biens, qui ne sont rendus solidaires en fait que par des considérations d'exploitation ? A-t-il au contraire le caractère d'une universalité de droit, plus exactement, forme-t-il un patrimoine à affectation spéciale, distinct du patrimoine civil du commerçant ?

C'est une conception qui semble admise par le droit maritime. L'article 216 du Code de commerce permet, en effet, à un propriétaire de navire de s'affranchir des obligations du capitaine en abandonnant le navire et le fret.

Au moins, dans ce cas, la loi maritime tend à considérer la fortune flottante de l'armateur comme un patrimoine distinct de sa fortune de terre, et à faire du navire le gage de poursuite des créanciers de l'expédition.

Mais cette solution donnée par le droit maritime semble plus difficile à étendre aux entreprises commerciales ayant un caractère terrestre.

Certains auteurs français et allemands ont pourtant revendiqué pour le fonds de commerce la nature d'une universalité de droit.

Deux théories ont été soutenues : 1° On a prétendu faire du fonds de commerce une personne morale à laquelle on rattacherait le patrimoine commercial. Le propriétaire de ce patrimoine n'est pas alors le commerçant, mais la *maison de commerce* elle-même dont le commerçant n'est que le gérant (1).

2° D'une façon plus radicale, on a reconnu au fonds de commerce le caractère d'un patrimoine commercial distinct du patrimoine civil du commerçant sans faire reposer ce patrimoine sur la tête d'une personne morale.

L'intérêt de ces controverses se présente spécialement lorsqu'il s'agit de déterminer la composition active ou passive du fonds de commerce (2).

Tout d'abord si le fonds de commerce forme un patrimoine distinct du patrimoine civil du commerçant, il faut admettre que sur l'actif commercial, les créanciers du commerçant disposeraient d'un rang de préférence, que les valeurs de l'exploitation leur seraient affectées par priorité. Or, une telle conséquence est généralement répudiée en Allemagne comme en France, où l'on considère les biens

(1) G. Valéry, *Annales de droit commercial*, 1902, p. 209 à 301.

(2) Magnin, Essai sur le nantissement des fonds de commerce, *Annales de droit commercial*, 1899, p. 469 et suiv. — Bibliographie : Thèse Gombeaux, *Notion juridique des fonds de commerce*, 1901 ; Catalan, même sujet, 1899. — Voir Thaller, *Droit commercial*, éd. 1910, n° 86, p. 65 et suiv.

civils et commerciaux, comme formant une masse indivisible à l'égard des créanciers des deux groupes. La loi du 17 mars 1909 a confirmé implicitement cette manière de voir, puisqu'elle met sur la même ligne les créanciers civils et commerciaux du vendeur en leur accordant à tous les mêmes mesures de protection (art. 3, § 4).

Avec la thèse qui fait du fonds de commerce une universalité, on est conduit également à considérer que le fonds est vendu, actif et passif, que par suite l'acquéreur succédant aux obligations de son vendeur, devra, en plus du prix de vente, payer les dettes du fonds. C'est le système adopté avec quelques réserves et restrictions par la loi allemande. L'article 25 du Code de commerce allemand décide que lorsque l'exploitation du fonds est continuée sous la même raison sociale, l'acquéreur est tenu de toutes les obligations contractées dans l'exercice de son commerce par le précédent propriétaire.

Mais il semble bien difficile de transporter une telle disposition dans la pratique française qui répugne d'ordinaire à de tels arrangements.

Quant à *la loi du 17 mars* 1909, elle semble bien comprendre dans le prix de vente les dettes, et ne pas imposer à l'acquéreur l'obligation de les payer, en sus de son prix d'achat.

Afin de sauvegarder les droits des créanciers du cédant, la loi organise une certaine publicité de la vente. A la suite de la publication de la cession faite dans un journal d'annonces légales, les créanciers peuvent faire opposition au paiement du prix, mais l'acquéreur est définitivement libéré par la consignation du prix. L'acquéreur ne peut être poursuivi par les créanciers du fonds, que dans le cas où il aurait négligé de remplir les formalités de publicité qui lui sont

imposées par la loi ; les créanciers du vendeur peuvent alors le contraindre à payer une seconde fois, mais même dans ce cas, il possède toujours un recours, théorique du moins, contre son vendeur, qui doit lui faire raison des sommes qu'il a payées au delà de son prix d'acquisition.

Au point de vue passif, il est donc bien difficile, dans l'état actuel du droit français, de considérer le fonds de commerce comme une universalité juridique. Le fonds de commerce ne possède pas un passif propre ; les dettes commerciales ne se séparent pas des dettes civiles ; elles ne s'exercent pas de préférence à elles sur l'actif du fonds ; elles ne sont pas transmises plus qu'elles à l'acquéreur au cas de cession du commerce.

Mais en envisageant le seul élément actif du fonds, rien n'empêche de le considérer comme un patrimoine susceptible de se renouveler dans ses éléments matériels par voie de subrogation. Le fonds de commerce se compose en effet certainement d'un ensemble de biens envisagés dans leur valeur pécuniaire et réunis, par leur commune affectation, à l'exploitation d'une entreprise commerciale et industrielle. Et c'est en partant de cette idée, que l'on doit déterminer la composition du fonds à l'encontre du vendeur ou du créancier gagiste.

Sous l'empire de la loi du 1er mars 1898, une controverse célèbre se posait sur le point de savoir si les marchandises dépendant d'un fonds de commerce étaient de plein droit comprises dans le nantissement du fonds par la seule observation de la formalité de l'inscription au greffe.

L'opinion qui admettait les marchandises dans le nantissement du fonds de commerce avait pour elle la presque unanimité des Cours d'appel (1), l'autorité de la Cour de

(1) Voir arrêts cités dans Tables Dalloz, 1897-1907, V° *Nantissement.*

cassation (1) et la majorité des auteurs (2). Le second système (exclusion des marchandises) était généralement adopté pour des raisons pratiques, par les tribunaux de commerce (3).

Au point de vue théorique, les partisans du premier système (4) pouvaient dire avec beaucoup de raison que, du moment que l'on considérait le fonds de commerce comme une universalité de droit, il était tout naturel de faire porter le nantissement sur tous les éléments qui le composaient, aussi bien sur les marchandises que sur les éléments incorporels.

Mais en admettant ainsi la possibilité du nantissement des marchandises, une question subsidiaire était à résoudre : comment déterminer l'étendue et la portée de ce nantissement ? C'est ici que l'on pouvait faire intervenir l'idée que le fonds de commerce, étant un petit patrimoine, se composait non pas de biens isolés envisagés dans leur individualité physique, mais d'un ensemble de choses déterminées dans leur valeur pécuniaire. Par suite, le gage n'avait pas pour objet les marchandises elles-mêmes, mais simplement leur valeur. Et c'est ainsi que s'expliquaient la facilité laissée au débiteur d'aliéner ses marchandises, et le droit accordé au créancier d'exercer son droit de gage sur les marchandises nouvellement acquises.

— Voir pourtant *contrà* : Amiens, 7 juillet 1900, D. P. 1901.2.97 ; Aix, 27 avril 1903, D. P. 1906.2.411.

(1) Civ., 31 octobre 1906, D. P. 1906.1.528.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 6e édit., t. III, n° 245 ; Baudry et de Loynes, t. I, n° 67-3° qui considèrent le fonds de commerce comme une universalité de droit.

(3) Le Havre, 30 mai 1899, S. 1901.2 153 ; Angers, 7 décembre 1900, D. P. 1901.2.97 ; Tourcoing, 30 septembre 1902, D. P. 1903.2.169.

(4) *Sic* : Baudry et de Loynes, précités, t. I, n° 67-3°.

Ici encore, et lorsque des marchandises acquises avaient pris la place de marchandises aliénées, on pouvait parler de subrogation réelle (1) : les nouveaux biens étant, comme les anciens, dont ils avaient pris la place, grevés de la même affectation au profit du créancier du fonds.

La loi du 17 mars 1909 en ne comprenant pas dans son article 9 les marchandises dans le nantissement du fonds, a rendu cette controverse sans objet ; mais, même sous l'empire de la loi nouvelle, des questions de subrogation pourront intervenir.

Nous sommes bien obligé de reconnaître que le législateur de 1909 n'a pas envisagé le fonds de commerce comme une seule masse de biens, et qu'il l'a plutôt considéré comme la réunion de trois petits patrimoines, qui sont respectivement le matériel, les marchandises et les éléments incorporels du fonds. La valeur de chacune de ces masses de biens doit être appréciée séparément. C'est ainsi que la loi exige, dans son article 1^er^, que des prix distincts soient établis pour chacune de ces trois masses, et cela afin que le privilège du vendeur qui garantit le prix de chacune d'elles s'exerce distinctement sur les prix de la revente afférents aux marchandises, au matériel et aux éléments incorporels du fonds. Naturellement le privilège du vendeur ne grève que la valeur de chacune de ces masses de biens. Or forcément des aliénations et des augmentations seront intervenues qui en auront modifié la valeur primitive. Dans ces conditions, on doit considérer que le privilège du vendeur grève tous les biens qui ont remplacé des biens aliénés et qui leur sont ainsi subrogés, mais qu'il ne porte pas sur les biens nouveaux acquis avec d'autres ressources que

(1) *Contrà* : Demogue, *Subrogation réelle*, p. 56.

celles du fonds. Le privilège du vendeur ne doit porter que sur une valeur de marchandises égale à la valeur estimative fixée dans l'acte d'acquisition, et c'est bien ce qu'écrivait le rapporteur de la loi (1) : « Le privilège ne doit équitablement porter que sur une valeur de marchandises égale à la valeur de celles comprises dans la vente, et par suite que sur la portion du prix de la revente afférente à la première estimation et déterminée par une ventilation ayant pour base les deux estimations successives. »

Il faut tenir les mêmes raisonnements et appliquer les mêmes principes au cas de nantissement du fonds, sauf à observer que, dans ce cas, les marchandises ne pouvant jamais être grevées d'un nantissement, la portée de la subrogation est plus restreinte et se réduit en fait aux seules transformations qui interviendront dans le matériel commercial.

Alors que les privilèges spéciaux du droit civil ont, en principe, pour assiette une ou plusieurs choses individuellement déterminées, les privilèges du vendeur et du créancier gagiste du fonds de commerce s'exercent sur une valeur qui peut se modifier dans les éléments matériels qui la représentent, sans pourtant que le privilège ou le droit réel du gage ne cesse d'exister.

Cette différence, entre les droits réels ayant pour objet soit des choses déterminées, soit une valeur, différence que nous retrouverons plus loin, en ce qui concerne le droit de propriété, était assez importante pour être signalée dans une étude de ce genre.

Conclusion. — Nous ne voudrions pas, dans ce modeste

(1) Rapports de M. le sénateur Cordelet au Sénat ; rapports du 19 mars 1909 (annexe n° 72) et du 30 mars 1909 (annexe n° 94).

travail, avoir l'air de prendre parti dans la grave controverse de la nature de la personnalité morale. Nous observerons simplement avec Demogue (1) que la théorie des patrimoines d'affectation, bien comprise et renforcée par l'idée de subrogation réelle, permettrait le plus souvent d'éviter la personnification des groupements d'individus. « Il suffirait de dire : tout bien qui est entré dans un patrimoine affecté d'une certaine charge, reste, ainsi que ceux qui le remplacent par subrogation réelle, affecté de cette charge, et il doit être employé à cet effet avant de servir de garantie aux créanciers ; il doit même échapper à ces derniers ».

On expliquerait ainsi la plupart des résultats auxquels on arrive le plus souvent par le procédé de la personnification. Il est vrai pourtant qu'en négligeant ainsi l'organisation de ces groupements on ne se rendrait peut-être pas un compte suffisant de la volonté unique qui se forme au sein de chaque collectivité douée d'organes, et qui est une des principales raisons d'accorder à ces groupements la qualité de sujet de droit (2).

(1) Demogue, *Notions fondamentales*, p. 359.

(2) Saleilles, *De la personnalité juridique*, 21e et 22e leçons, surtout p. 524 (théorie de Gierke) et p. 563 (théorie de l'auteur).

CHAPITRE IV

DE LA SUBROGATION DANS LES PROPRES DE COMMUNAUTÉ.

Il nous faut partir de cette idée que les biens propres sont les biens spécialement affectés aux besoins personnels de la femme ou du mari à l'exclusion de la communauté. Ces biens constituent la fortune familiale des époux, et par suite le législateur désire que ces biens ne puissent pas être dissipés à l'encontre de leur volonté. Il considère que cette valeur formée par les propres constitue pour la femme (ou pour le mari) un fonds de réserve qui doit demeurer affecté dans le présent à ses besoins personnels, et dans l'avenir à ceux de ses enfants. La loi française soumet donc à un régime spécial ce petit patrimoine à affectation distincte ; sans aller jusqu'à frapper d'indisponibilité les biens propres, ce qui serait une solution gênante pour les conjoints, elle assure dans la mesure du possible la conservation sinon des biens eux-mêmes, du moins de la valeur qu'ils représentent. Qu'importent, en effet, les transformations que ces biens pourront subir ; leur valeur seule est à considérer, puisque c'est cette valeur qu'il est nécessaire de conserver et de maintenir affectée, à sa destination spéciale.

C'est donc par l'idée d'affectation que va s'expliquer toute la théorie de la subrogation dans les propres de communauté. Cette subrogation interviendra conformément à ces idées, chaque fois qu'un bien propre aliéné aura été remplacé par une contre-valeur à la suite d'une de ces opéra-

tions juridiques qui sont l'échange, l'emploi, le remploi, la dation en paiement.

Mais quel est le caractère de cette affectation ? Au premier abord on serait tenté d'assigner à cette subrogation, qui a été prévue et organisée par la loi elle-même, un fondement légal et non contractuel. Mais l'analyse la plus élémentaire nous révèle que toute la théorie des propres de communauté repose sur une présomption de la volonté des époux ; que, par suite, nous sommes bien en présence d'une clause d'affectation contractuelle adoptée implicitement par les époux, par suite du choix de leur régime matrimonial. Et c'est pourquoi nous n'avons pas hésité à ranger cette subrogation dans les propres de communauté sous notre titre général de la subrogation conventionnelle.

L'*Histoire* vient également confirmer de la façon la plus éclatante notre manière de voir (1). A l'origine ces actions en reprise, qui nous semblent aujourd'hui si naturelles, n'existaient pas ; dans le très ancien droit, aucune récompense n'était due à l'époux dont le propre avait été aliéné ; le prix du propre aliéné tombait dans la communauté, à titre de meuble, sans indemnité. A plus forte raison, il n'était pas question de subrogation au cas où, avec les deniers provenant de l'aliénation, on avait fait l'acquisition d'un autre immeuble. C'est pourquoi Loysel disait avec raison : « Le mari doit se relever trois fois la nuit pour vendre le bien de sa femme. »

Mais petit à petit (dès le XIV^e^ siècle), les conjoints prennent l'habitude d'insérer dans leur contrat de mariage une clause de remploi, c'est-à-dire une clause par laquelle l'époux vendeur se réserve le droit de replacer à son profit le

(1) Voir Brissaud, *Manuel de droit privé*, p. 821 et suiv.

prix du bien vendu, en faisant acquisition d'un autre bien qui restera sa propriété. Si le remploi n'avait pas été fait, l'époux vendeur avait droit à une indemnité à prendre sur la communauté.

Mais pour rendre cette clause de remploi plus efficace, on la complétait généralement par celle « *d'assignat sur les premiers biens acquis durant la communauté, et à défaut sur les biens du mari* », de sorte que si le mari ne remployait pas, la femme reprenait comme propre, à la dissolution du mariage, un conquêt ou un bien propre du mari.

Les clauses de remploi devinrent vite de style, et l'article 232 de la Coutume de Paris (1) décide que, dans tous les cas, il y aura lieu à récompense au profit du conjoint.

Ce que la Coutume de Paris ne dit pas en termes formels, mais ce que nos anciens auteurs ont admis dans la suite, c'est qu'au cas où un bien a été acquis, avec déclaration de remploi pour remplacer le bien aliéné, ce bien devient la propriété du conjoint vendeur.

Une seule difficulté se produisait en ce qui concerne l'ancienne clause d'assignation. Cette clause se trouvait-elle légalement consacrée par la Coutume de Paris qui, en suppléant désormais à l'absence de la clause principale de remploi, devait avoir également sous-entendu la clause accessoire d'assignation ?

Ce fut ainsi que les premiers arrêts interprétèrent la cou-

(1) « Si durant le mariage est vendu aucun héritage ou rente propre, appartenant à l'un ou à l'autre des conjoints par mariage, ou si la dite rente est rachetée, le prix de la vente ou rachapt, est repris sur les biens de la communauté, au profit de celuy auquel appartenait l'héritage ou rente, encore qu'en vendant n'eust esté convenu de remploy ou recompense, et qu'il n'y ait eu aucune déclaration sur ce faicte. »

tume, ils continuèrent d'assigner le remploi sur les premiers conquêts de la communauté, les présumant acquis des deniers de la femme. Et les raisons qu'ils en donnent (1) sont intéressantes à rappeler : « Dans les premiers temps les acquêts de la communauté étaient *tellement affectés* au remploi de la femme que l'ancienne jurisprudence des arrêts était qu'ils lui appartenaient de plein droit pour ses remplois. » Seulement la clause d'assignation ainsi comprise devenait singulièrement dangereuse pour les tiers et se heurtait parfois à l'intention évidemment contraire des parties. Aussi la doctrine décida que la femme n'aurait plus de droit de propriété sur les premiers biens acquis durant la communauté,et cela même en présence d'une clause d'assignation expressément stipulée dans le contrat de mariage. Désormais, la femme n'eut plus qu'une hypothèque sur les biens assignés par clause expresse du contrat, et à défaut de cette stipulation spéciale la femme ne fut plus que créancière,que titulaire d'une récompense à l'encontre de la communauté. La clause d'assignation s'est ainsi transformée : les biens assignés ne sont plus affectés à la femme en toute propriété, mais sont simplement grevés d'une hypothèque.

Cette courte introduction historique montre bien la marche suivie par la clause de remploi. Cette clause à l'origine expresse est devenue par la suite tacite. Et c'est pourquoi nous avons le droit de dire que la subrogation qu'elle commande est toujours conventionnelle.

Toutefois, même dans le droit moderne, il y a encore intérêt à distinguer selon que cette clause de remploi aura été tacitement adoptée par les époux, ou expressément stipulée

(1) Le passage cité est de : Pocquet de Livonière, *Des fiefs*, liv. III, chap. V, sect. III.

dans leur contrat. Au premier cas, les époux restent toujours libres d'écarter par la suite cette clause qui est dans leur intérêt, et de s'opposer à la subrogation, en ne remployant pas le bien aliéné ; dans le second cas, au contraire, la clause a une portée plus étendue : lorsque les époux ont en effet décidé dans leur contrat de mariage que les biens propres ne pourraient être aliénés qu'à charge de remploi, ils ont frappé ces biens d'une véritable indisponibilité en valeur qu'il ne leur sera plus possible d'écarter dans la suite, sans contrevenir au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

SECTION I. — Des cas où se produit cette subrogation.

§ 1. — Échange.

La subrogation interviendra tout d'abord au cas d'échange d'un bien propre contre un autre bien. C'est le cas le plus simple ; les parties ayant affecté les propres aux besoins personnels de chaque époux, il est naturel que le bien obtenu en échange soit également grevé de la même affectation.

L'article 1407 du Code civil consacre cette solution pour le seul cas de l'échange immobilier, mais on n'hésite généralement pas à l'étendre à l'échange mixte ou à l'échange mobilier. Rien ne s'oppose en effet à ce qu'un meuble échangé contre un immeuble ou contre un meuble ne devienne lui aussi un propre parfait, à condition naturellement qu'il ne soit pas consomptible par le premier usage.

Une seule difficulté se pose relativement à l'échange, et nous en avons du reste déjà indiqué par avance la solution

dans un chapitre précédent (affectation contractuelle). Les parties peuvent-elles écarter la subrogation prévue par l'article 1407 ? Cet article est-il ou non d'ordre public ?

La question doit se résoudre par une distinction. Les époux sont parfaitement libres de restreindre les effets de la clause d'affectation qui leur est proposée par la loi, en décidant dans leur contrat de mariage que le bien acquis en échange d'un immeuble sera un conquêt.

Mais les époux qui n'ont pas fait de contrat peuvent-ils convenir, au cours du mariage, d'écarter l'article 1407. MM. Aubry et Rau (1) soutiennent que cela leur est possible. Mais il semble bien difficile d'adopter cette opinion sans se mettre en contradiction avec le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Les époux qui ont tacitement adopté en ne faisant pas de contrat la clause d'affectation qui leur était proposée par le législateur, ne peuvent plus écarter dans la suite cette clause et la subrogation qu'elle commande sans violer ouvertement l'article 1395.

§ 2. — Echange avec soulte.

Un immeuble de 75.000 francs appartenant à l'un des époux est échangé contre un immeuble de 100.000 francs. L'époux est redevable d'une soulte de 25.000 francs.

Dans ces conditions, doit-on considérer ce nouvel immeuble comme subrogé à l'ancien en totalité ou en partie seulement ? Théoriquement la solution apparaît simple ; le nouvel immeuble représente, pour une partie seulement de

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, 4e édit., t. V, § 503. — *Contrà* : Le Courtois et Surville, t. I, n° 94, p. 129. — Voir plutôt dans le sens de la première opinion, arrêt Ch. des requêtes, 31 juillet 1832, S. 32. 1.505.

sa valeur, une somme de 75.000 francs affectée aux besoins personnels de l'époux ; dans cette mesure il doit donc être considéré comme grevé d'affectation, c'est-à-dire comme propre. La seule solution rationnelle est donc d'admettre que le bien sera propre pour une valeur de 75.000 francs et commun pour le surplus.

Mais cette solution,qui est théoriquement vraie, est pratiquement assez difficilement applicable. On a beaucoup de mal, surtout dans la vie courante, à se représenter un droit de propriété ne portant que sur une partie d'un immeuble ; de plus,cette situation spéciale du bien pour partie propriété de l'époux échangiste, pour le surplus propriété indivise des deux époux, n'est pas sans créer de sérieuses complications au moment de la liquidation de la masse commune.

Aussi la doctrine et la jurisprudence se sont-elles orientées vers des systèmes quelque peu différents du nôtre.

1° Le système de Pothier (1), qui est encore suivi par la majorité de la doctrine, enseigne que, si la soulte a peu d'importance — d'après l'appréciation souveraine du juge — l'immeuble sera propre pour le tout, sauf récompense. Si, au contraire, elle a une importance considérable, le nouvel immeuble sera en partie propre, en partie commun. Cette opinion se sépare peu de la solution rationnelle que nous avons indiquée, et encore ne le fait-elle que pour concilier avec la théorie de la subrogation réelle la lettre de l'article 1407 du Code civil, qui, il faut bien le reconnaître, n'a pas spécialement réservé le cas de l'échange avec soulte.

2° M. Guillouard (2) nous propose l'application de la règle *Major pars trahit ad se minorem*. Il distingue donc

(1) Pothier, *Communauté*, n° 197 ; Planiol, *Manuel*, t. III, n° 946.
(2) Guillouard, *Contrat de mariage*, t. II, n° 466.

suivant que la soulte dépasse ou non la moitié de la valeur du marché total.

Au premier cas l'immeuble acquis en échange est conquêt pour le tout. Au contraire, est-ce l'immeuble avec lequel la soulte est versée qui dépasse de plus de moitié la valeur de cette soulte, le nouvel immeuble acquis en échange est alors propre pour le tout. S'il y a égalité entre l'immeuble aliéné et la soulte, on s'en tiendra à la qualification donnée au contrat par les parties.

3° M. Laurent (1) fait une fois de plus application de son fameux système de l'interprétation littérale des textes. Pour lui l'immeuble acquis en échange est propre quelle que soit la valeur de la soulte. Le législateur, dit-il en effet, ne distingue pas, et l'interprète ne peut pas introduire de sa propre autorité une distinction dans un texte légal. Laurent ne réserve que le cas de fraude ; conformément au vieil adage *Fraus omnia corrumpit*, il autorise dans ce cas les parties intéressées à prouver que le prétendu échange est une vente, et que par conséquent l'immeuble est un conquêt.

C'est dans le sens du premier système, qui pratiquement est le meilleur, que la jurisprudence finira probablement par se fixer. Après des hésitations nombreuses, elle semble en effet vouloir s'orienter dans cette direction (2). Un arrêt de la Cour de Nancy admet aujourd'hui cette première opinion. Quant à l'arrêt de la Cour de cassation du 9 août 1870, que l'on cite généralement dans cette controverse, il ne contredit en rien cette manière de voir. Sans doute il déclare, malgré la soulte, l'immeuble obtenu en échange pro-

(1) Laurent, *Droit civil*, 1896, t. XXXI, n° 357.

(2) *Sic* : Nancy, 3 mars 1869, D. 1869.2.85. — *Contrà* : Angers, 25 mai 1859, S. 59.2.614. — *Sic* : Cass., 9 août 1870, D. 71.1.156.

pre pour le tout, et par suite décide que, si cet immeuble, appartenant au mari, se trouve lors du partage attribué à la femme, le droit de mutation sera dû sur toute la valeur de l'immeuble transmis. Mais dans l'espèce la soulte ayant une importance minime, on peut encore admettre que la Cour suprême a entendu donner son adhésion au système de Pothier.

§ 3. — Vente suivie de remploi.

Si nous avons été assez bref en ce qui concerne l'échange qui s'adapte aisément à notre système général, nous insisterons par contre plus longuement sur le remploi qu'il semble au premier abord plus difficile de faire rentrer dans le cadre d'une théorie de l'affectation contractuelle.

A. — Le cas le plus simple est celui où *le remploi a été expressément stipulé dans le contrat de mariage*, où les époux ont décidé que le remploi serait la condition *sine qua non* de l'aliénation d'un propre. Dans ces conditions, on se trouve en présence d'une clause d'indisponibilité en valeur. La subrogation qui est commandée par la volonté expresse des époux aura toujours lieu. Les époux ne pourront pas, au cours du mariage, écarter cette clause qui se trouve contenue dans leur contrat.

B. — *L'exigence du remploi n'a pas été spécialement prévue par le contrat de mariage* ; le remploi est alors, comme on le dit généralement, simplement facultatif pour les époux.

Mais l'exigence de ce remploi et de la subrogation qui en résulte, dérive-t-elle directement d'une clause d'affectation tacitement adoptée par les époux au moment du mariage ? Au contraire ce remploi et cette subrogation sont-ils simplement la conséquence d'une convention intervenue entre les époux au moment de la nouvelle acquisition ?

C'est ici qu'il nous faudra spécialement prendre parti entre les deux théories en présence : la théorie de l'affectation contractuelle qui est suivie par la doctrine, et la théorie de la subrogation interprétation de volonté, qui est aujourd'hui adoptée par la Cour de cassation (1er août 1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 2e sem., p. 286).

a) *Remploi fait pour le compte du mari.* — Il est facile d'en expliquer les effets en les faisant dériver d'une clause d'affectation préalable. En vertu de cette clause, la subrogation se produira du jour du remploi ; aucune convention nouvelle ne sera pour cela nécessaire ; une déclaration unilatérale du mari (art. 1434) destinée à avertir les tiers suffira à rendre ce remploi parfait

Naturellement le mari pourra toujours renoncer à une clause d'affectation qui est dans son intérêt et écarter par suite l'exigence du remploi. Mais la femme n'aura pas à consentir ou à s'opposer au remploi fait par son mari ; son consentement a déjà été donné par avance, au moment de l'adoption du contrat ; elle ne peut donc revenir sur sa promesse antérieure.

b) *Remploi fait pour le compte de la femme.* — C'est dans cette hypothèse où l'analyse juridique du remploi devient particulièrement délicate. Pour sérier les difficultés, nous aurons recours à une sous-distinction ; nous envisagerons successivement : le cas du remploi fait en même temps par les deux époux, et le cas du remploi fait par le mari seul pour le compte de la femme.

1° Le remploi a été fait par les deux époux : puisque le concours des deux époux apparaît alors comme nécessaire pour remployer le propre aliéné, c'est, semble-t-il, que la subrogation ne peut résulter que d'une convention intervenue au moment de l'acquisition nouvelle ?

Telle semble bien être l'opinion généralement admise, mais est-ce bien ainsi qu'il faut expliquer le concours du mari à l'acte d'acquisition? Nous pensons que cette intervention du mari se justifie uniquement par la nécessité où il est d'autoriser sa femme et de suppléer à son incapacité, qui l'empêche de disposer des deniers de la communauté, et d'acquérir pour son compte (art. 217).

La question n'est pas purement théorique. L'intérêt pratique en est le suivant : si le remploi ne se réalise qu'en vertu d'un accord intervenu entre les époux, le mari pourra toujours refuser de donner son consentement au remploi, et devant le refus du mari, la femme sera entièrement désarmée. Si, au contraire, le mari n'intervient que pour autoriser sa femme, la femme pourra, en cas de refus injustifié, s'adresser à la justice et, avec l'autorisation du tribunal, procéder au remploi de ses propres aliénés malgré l'opposition du mari (art. 219, C. civ.) (1).

Dans ce système, la femme a un droit acquis au remploi, droit que le mari ne peut compromettre par sa mauvaise volonté. Mais ce droit au remploi et à la subrogation ne peut être acquis à la femme qu'à la suite d'un accord préalable qui est justement l'affectation tacite résultant de l'adoption du régime légal.

2° Le remploi a été fait par le mari pour le compte de la femme : le mari fait à sa femme une offre de remploi, mais

(1) On pourrait peut-être contester cette solution à un autre point de vue, en soutenant que le mari, en autorisant la femme à disposer de deniers communs agit comme chef de la communauté, et que ses pouvoirs de chef de la communauté ne comportent aucune limite. Mais cette solution rigoureuse n'est généralement pas admise. — Voir en notre sens : Le Courtois et Surville, *Contrat de mariage*, t. I, nos 402 et 403.

le remploi n'est parfait que du jour où il a été accepté par la femme. La conséquence serait donc que la subrogation réelle ne se réaliserait que du jour où la femme aurait accepté le remploi fait par le mari. Et c'est bien ce que soutiennent certains auteurs partisans de la théorie du remploi non rétroactif (1).

Pour nous, il ne saurait en être ainsi ; la subrogation se produit forcément entre les époux du jour du remploi, puisque nous admettons qu'elle est commandée par une clause d'affectation antérieure. Mais le remploi ne devient définitif que du jour où la femme l'a accepté, et c'est qu'en effet la femme bénéficiaire de l'affectation peut toujours écarter un remploi qui ne lui semblerait pas conforme à ses intérêts.

De deux choses l'une : ou la femme accepte, et alors la subrogation réelle se produit forcément du jour même de la nouvelle acquisition ; ou la femme refuse, et alors tout se passe comme si le mari avait acquis le bien pour le compte de la communauté.

Toutefois, il y aurait lieu de distinguer dans ce cas entre les époux et les tiers : 1° Pour les époux, il ne saurait y avoir dans notre système aucun doute. La subrogation se produit du jour même du contrat d'acquisition ; par suite le bien est censé avoir toujours été propre et jamais commun. Ce résultat est pour nous la conséquence forcée de l'affectation préalable qui commande une subrogation immédiate,

(1) Ce système a du reste été très peu soutenu en doctrine. Presque tous les auteurs admettent la rétroactivité complète ou mitigée. On base souvent le système de la rétroactivité complète sur l'idée de gestion d'affaires. Le mari est le gérant d'affaires de son conjoint. — Voir Labbé, *Ratification des actes d'un gérant d'affaires*, n° 89. — Voir aussi Le Courtois et Surville, t. I, n^{os} 419 et 421.

qui ne peut dans la suite être écartée que par une manifestation contraire de volonté de la femme, bénéficiaire de l'affectation.

2° La subrogation réelle sera-t-elle également parfaite à l'égard des tiers du jour de l'acquisition, de sorte que les droits à eux concédés tomberaient en cas d'acceptation du remploi par la femme ? Son acceptation aurait-elle ainsi un effet rétroactif même à l'égard des tiers ? On serait tenté de dire que les droits des tiers ont été sauvegardés par la double déclaration faite par le mari, selon les prescriptions de l'article 1434, au moment de l'acquisition du nouvel immeuble, et que par suite la subrogation doit leur être opposable du jour même de cette déclaration. Seulement ce système serait par trop absolu. C'est qu'en effet dans cette situation la déclaration du mari n'a qu'une portée très limitée ; le remploi ne devenant parfait qu'en cas d'acceptation de la femme, la double déclaration du mari n'a pas un caractère définitif, mais simplement conditionnel. Et c'est pourquoi les époux ne sauraient sérieusement s'en prévaloir à l'égard des tiers ; à l'égard de ces derniers, la subrogation n'interviendra que du jour où la déclaration maritale sera devenue ferme par suite de l'acceptation de la femme.

Notre système est donc qu'entre les époux, la subrogation réelle se produit du jour même de l'acquisition, mais qu'elle n'est opposable aux tiers que du jour de l'acceptation du remploi. C'est le système généralement suivi par la doctrine (1) qui, en décidant que l'offre de remploi est *révocable*, mais son acceptation *rétroactive*, arrive à des solutions pratiques identiques aux nôtres.

(1) Aubry et Rau, t. V, § 507 ; Guillouard, t. I, n° 497 ; Huc, t. IX, n° 203 ; Planiol, t. III, n° 960.

Il n'est donc pas impossible, comme le lecteur a pu s'en rendre compte, d'expliquer les effets du remploi, en les faisant dériver uniquement d'une clause d'affectation antérieurement stipulée, sans avoir recours à l'idée d'une convention entre époux.

Cette explication s'harmonise parfaitement bien avec une clause fréquente dans la pratique notariale. En vertu de cette clause il est stipulé que la première acquisition qui suivra l'aliénation vaudra remploi. C'est *l'acceptation anticipée des remplois futurs*, clause dont la jurisprudence admet la validité (1).

Dans le système que nous avons adopté cette clause s'explique facilement. La femme s'ôte en quelque sorte le droit d'accepter ou non le remploi, et la subrogation s'opère désormais sans autre condition que le respect de l'article 1434 du jour même de la nouvelle acquisition. La subrogation se produit automatiquement pour ainsi dire, comme au cas d'échange, et sans qu'aucun acte de volonté ne soit nécessaire de la part des époux. Mais il ne peut en être ainsi naturellement qu'en supposant cette subrogation commandée par une clause d'affectation antérieure.

Il convient de signaler enfin que la jurisprudence admet la possibilité du *remploi par anticipation* (2). Dans ce cas l'acquisition du bien nouveau précède, au lieu de suivre, l'aliénation du propre à remployer. La validité d'une telle opération a été vivement critiquée par Toullier (3) au nom

(1) Agen, 28 juillet 1858, D. 59.1.275, S. 59.2.1 ; Dalloz, *Suppl.*, V° *Contrat de mariage*, n° 522. La portée de cette clause est du reste très discutée. V. Planiol, t. III, n° 1053.

(2) Cass., 14 mai, 1879, D. 79.1.429. Cet arrêt admet le remploi par anticipation aussi bien pour le compte du mari que pour celui de la femme. — Voir dangers indiqués dans Aubry et Rau, t. V, § 507.

(3) Toullier, XII, n° 370.

du fameux principe de la subrogation-fiction. « D'ailleurs, dit-il, nous ne sommes plus dans l'hypothèse prévue par les articles 1434 et 1435 du Code civil. Or toutes les fictions sont de droit étroit. » Nous espérons faire justice plus loin (dans notre conclusion) du fameux principe de la subrogation-fiction. Mais dès maintenant nous sommes en droit d'affirmer que la subrogation n'est jamais de droit étroit lorsqu'elle est commandée par le respect de la volonté des époux. Ceux-ci ont décidé, par contrat de mariage, d'affecter spécialement la valeur de ses propres à chaque époux et de maintenir la stabilité de ces masses de biens par des remplacements successifs. Or en faisant par avance acquisition d'un bien nouveau, ils manifestent, conformément du reste à la clause préalable, leur intention d'affecter le bien nouveau à la place de l'ancien, du jour où ce dernier sera aliéné à son tour. Naturellement une telle affectation n'est jamais que conditionnelle et la subrogation n'interviendra que du jour où en fait l'aliénation aura été opérée. Le remploi par anticipation n'est donc pour nous que l'exécution sagement prévoyante de la clause d'affectation antérieurement stipulée ; à ce titre il trouve donc sa place toute marquée dans notre essai de système général.

§ 4. — Emploi.

Pendant le mariage, un tiers donne à l'un des époux, à la femme par exemple, mariée sous le système de communauté, une somme d'argent en stipulant qu'elle n'entrera pas dans la communauté (1). C'est possible, puisque l'arti-

(1) Ou bien, situation analogue, les époux font emploi d'une créance réservée propre à l'un d'eux, au moment où celle-ci vient à être remboursée.

cle 1395 ne régit que les rapports des époux entre eux. Malgré cela cette somme tombe en communauté à charge de récompense, car tous les deniers sont communs. Mais est-il possible de l'employer dans l'achat d'un immeuble qui restera propre à la femme ?

Le lecteur devine par avance la réponse que nous allons fournir. Pour nous, la somme d'argent ne devait pas tomber en communauté, puisqu'elle devait être affectée spécialement aux besoins de la femme ; si, en fait, elle y est tombée, c'est que les deniers, n'étant pas des choses individualisées, se sont confondues avec le reste du patrimoine de communauté et ont rendu par là même la subrogation impossible. Mais leur valeur n'en est pas moins affectée aux besoins de la femme ; et tout bien qui succède aux deniers ainsi acquis est forcément comme eux grevé de la même affectation, et par suite doit revêtir la qualité de propre.

La subrogation dans le cas d'emploi est donc possible ; bien plus, elle sera rendue nécessaire si le disposant a pris la précaution de prescrire l'emploi des sommes d'argent par lui données.

L'opinion que nous soutenons a été pourtant mise en doute par certains auteurs. MM. Le Courtois et Surville (1) soutiennent que l'argent n'a pas le caractère d'une chose individualisée, et que par suite le bien qui succède à l'argent ne peut pas, plus que lui, devenir un propre parfait.

Employons pour réfuter ce système un raisonnement cher aux mathématiciens : le raisonnement par l'absurde. Si nous généralisons ce système, nous arrivons en effet à cette conclusion, que la subrogation ne sera plus possible chaque

(1) Le Courtois et Surville, *Contrat de mariage*, t. I, n° 382 ; Laurent, t. XXI, n° 363, n'admet pas non plus cette subrogation.

fois qu'un bien aura pris la place d'une créance dont les deniers seront tombés en communauté. Mais cette conséquence ainsi formulée n'est pas admise par la loi elle-même qui consacre la validité du remploi, même au cas où les deniers provenant de l'aliénation sont déjà tombés en communauté.

En réalité, et d'une façon générale, on doit reconnaître à tout bien ayant remplacé une valeur propre le caractère de propre, mais ce qu'il convient d'ajouter, c'est que la subrogation ne peut transmettre ce caractère aux choses non individualisées qui en fait se confondent avec le patrimoine de communauté, et qui ne peuvent ainsi devenir des propres parfaites.

§ 5. — Dation en paiement.

Il arrive qu'un propre ayant été aliéné, le prix n'étant pas encore payé ou qu'une créance ayant été réservée propre, le débiteur cède en paiement un bien déterminé. Il y a donc eu dation en paiement pour une créance demeurée propre à l'un des conjoints ou substitution d'un bien déterminé à une créance propre. Et ce bien est naturellement propre comme la créance qu'il remplace. C'est un point sur lequel tout le monde est d'accord ; on discute simplement pour savoir si cette subrogation sera opposable aux tiers et à quelles conditions ? (Question étudiée plus loin).

SECTION II. — Effets de cette subrogation.

Les effets de cette subrogation sont simples à définir. Le nouveau bien est, comme l'ancien, affecté aux besoins personnels de l'époux ; par suite, comme lui, il prend la qualité de propre ; comme lui, il reste la propriété exclusive du

conjoint acquéreur ; comme lui, s'il appartient à la femme, il est soumis aux pouvoirs d'administration du mari.

Mais les effets de cette subrogation s'arrêtent là ; le nouveau bien conserve sa nature juridique propre : mobilière ou immobilière ; il conserve également sa situation économique, ni les hypothèques conventionnelles, ni les autres droits reéls qui grevaient l'immeuble aliéné ne se transmettent à lui (Solut. analogue dans Cass. civ., 12 avril 1902, D. 1904.1.389).

De plus la subrogation n'intervient d'une façon efficace que si le nouveau bien se présente avec le caractère d'une chose individualisée. Sinon elle est pratiquement impossible ; le nouveau bien se confondant de suite avec le patrimoine de communauté, n'est pas susceptible de demeurer affecté en toute propriété aux besoins personnels de l'époux. Et ce n'est que par un abus de langage évident que l'on peut ici parler de subrogation, même en désignant cette subrogation sous le nom spécial de subrogation en créance (1).

SECTION — III. Protection des tiers.

Les droits des tiers sont ici protégés d'une façon très efficace contre les dangers que peut leur faire courir la subrogation. La clause d'affectation est portée à leur connaissance au moyen des dispositions de publicité organisées par la loi de 1850 qui a pour but de faire connaître aux tiers l'existence d'un contrat de mariage. Les tiers ainsi avertis de l'existence du contrat peuvent en demander la production aux époux, avant de contracter avec eux.

(1) Magnillat, thèse citée, p. 302 à 303. — Voir cette idée de la « *subrogation en créance* » analysée et discutée dans notre conclusion.

Quant à la connaissance de la subrogation, il nous faudra toujours avoir recours à la même distinction.

a) S'il s'agit d'un *échange*, la subrogation est évidente aux yeux des tiers et se produit sans condition aucune.

b) S'il s'agit d'un *remploi*, il est nécessaire d'avertir les tiers de l'origine du bien acquis, de mettre en lumière sa filiation juridique et son rattachement au bien originairement aliéné. D'où les exigences de l'article 1434 qui prescrivent au mari de faire une double déclaration : déclaration d'origine des deniers et déclaration de remploi.

c) La seule controverse qui se pose en cette matière est la suivante. Doit-on assimiler la *dation en paiement* à un échange ou à un remploi ? Doit on, par suite, exiger, pour que la subrogation qu'elle commande soit opposable aux tiers, le respect des règles contenues dans l'article 1434 ? Sur cette question la jurisprudence est divisée. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 21 février 1868 (1) avait jugé que la dation en paiement, substituant un immeuble à la créance propre de l'un des conjoints, produisait *de plano* la subrogation en rendant propre l'immeuble reçu sans qu'il fût besoin de satisfaire aux conditions de l'article 1434.

Mais cet arrêt fut cassé par la Cour de cassation le 26 juillet 1869 (2). La Cour de cassation considère que la dation en paiement n'est point un échange, mais une vente dont le prix aurait été déclaré compensé avec la créance de l'acquéreur ; que par suite, comme toute vente, elle est soumise aux exigences de forme prévues par l'article 1434.

C'est à cette dernière opinion que la doctrine donne généralement son adhésion (3). Et rien n'est plus naturel. En

(1) Paris, 21 février 1868, D. 68.2.49, S. 68 2.176.

(2) Cass., 26 juillet 1869, S. 69.1.401, D. 69.1.455.

(3) Laurent, XXI, nos 258 et 259 ; Aubry et Rau, § 507, texte et note 42 ; Le Courtois et Surville, t. I, nos 394 et 399.

vain objecte-t-on que cette solution est incompatible avec le principe de l'interprétation large de la subrogation ; en vain soutient-on que cette subrogation nous ramène à la théorie, aujourd'hui abandonnée, de la subrogation-fiction (1). Là n'est pas la question, la subrogation ne doit jamais porter préjudice aux tiers, et il s'agit de savoir justement si, dans l'espèce présente, les droits des tiers sont suffisamment protégés contre les dangers de cette subrogation. Or il semble bien que l'opération juridique qui intervient ainsi entre les époux est beaucoup moins simple qu'un échange. Par suite des tiers de bonne foi peuvent se trouver surpris par cette opération dont ils auront mal compris la portée.

Ils peuvent ignorer le caractère propre de la créance en question, et même cette créance elle-même ; ils peuvent penser que le tiers a fait aux époux une vente et non une dation en paiement ; ils peuvent croire que cette acquisition a été faite pour le compte de la communauté, et non pour le compte d'un des époux. Afin d'éviter toute ambiguïté, il est nécessaire de les avertir, dans l'acte d'acquisition, par une déclaration de remploi. Le mari déclare dans cet acte que le bien est acquis pour tenir lieu de remploi d'une créance propre appartenant à l'un des époux. Naturellement, cette seule déclaration de remploi suffira, la déclaration d'origine des deniers serait une superfétation, puisque la créance a été directement remplacée par le bien nouveau, sans être à aucun instant convertie en deniers.

La seule déclaration d'emploi permettra donc d'éviter aux tiers des surprises désagréables entraînant pour eux des lésions injustes.

(1) *Sic* : Stora, thèse citée, p. 266.

APPENDICE. — *Subrogation dans les biens réservés.*

La loi du 13 juillet 1907 a eu pour but essentiel de protéger la femme laborieuse. Pour cela elle a constitué, à côté des biens propres et des biens communs, *des biens réservés* à l'administration de la femme qui a une profession distincte de celle de son mari. Sur ces biens le législateur a entendu dans tous les cas, et quel que soit le régime matrimonial, assurer à l'épouse un droit de libre administration et même de disposition à titre onéreux. Ces biens tomberont sans doute en communauté, le cas échéant, mais la femme même renonçante gardera la propriété de ses biens réservés (art. 5 de la loi).

On est donc en droit de dire que les biens réservés sont des biens à affectation spéciale, que la loi entend mettre à l'abri des dilapidations et de la mauvaise gestion du mari en réservant leur administration à la femme.

Mais ce que la loi entend réserver à la femme, c'est beaucoup moins l'administration de ces biens eux-mêmes dans leur individualité matérielle que celle de leur valeur. Chaque fois donc qu'une chose aura pour origine une valeur réservée à la femme, elle prendra la qualité de bien réservé, c'est-à-dire qu'elle fera partie de ce petit patrimoine à affectation spéciale, que la loi a voulu créer au profit de la femme ouvrière.

C'est ainsi que la théorie de la subrogation intervient pour compléter l'œuvre sociale voulue par le législateur de 1907.

§ 1. — Des cas où se produit cette subrogation.

Le principe est simple : on doit considérer comme ayant le caractère de bien réservé, tout bien provenant d'une

valeur réservée à l'administration de la femme. La subrogation interviendra donc ainsi au cas d'emploi, remploi, échange d'un bien réservé. La loi, dans son article 1er (2e alinéa) donne seulement cette solution pour le cas d'emploi, mais il n'est pas douteux, malgré le silence du législateur, que la même solution s'impose au cas de remploi ou d'échange.

Mais une difficulté plus délicate peut se poser dans certains cas ; il est en effet possible qu'un bien provienne à la fois et du travail personnel de la femme et de capitaux engagés par un tiers, qui n'ont pas ainsi le caractère de biens réservés. Nous faisons allusion ici à la fameuse question des *bénéfices commerciaux*. Une femme mariée autorisée de son mari, a fondé un magasin avec des deniers du mari ou de la communauté, et non pas simplement avec des économies provenues de son travail personnel. Quel va être le sort des bénéfices ainsi réalisés ? Doit-on entièrement les englober dans la masse des biens réservés, ou doit-on, dans une certaine mesure, en faire le partage entre le mari et la femme ? Deux systèmes ont été principalement soutenus : 1° Certains auteurs prétendent tout d'abord que les bénéfices ainsi acquis doivent être entièrement considérés comme des biens réservés (1).

2° Dans un système plus étudié, on soutient qu'il faut distinguer entre l'intérêt des capitaux engagés et le produit du travail de la femme commerçante. L'intérêt des sommes engagées doit revenir au mari, puisque c'est lui qui a fourni le capital. On doit simplement considérer comme bien réservé le gain personnel de la femme, c'est-à-dire le produit

(1) Guyot, *Activité économique de la femme mariée*, thèse Dijon, 1910.

net de son commerce, déduction faite des intérêts des capitaux fournis par le mari ou la communauté (1). C'est également ce système que nous adopterons.

Pour rechercher en effet d'une façon générale si un bien est soumis à une affectation déterminée, il faut découvrir l'origine des valeurs dont il provient. Or, dans l'espèce, les biens en question ont pour origine une double valeur, une valeur commune ou propre au mari, et une valeur réservée à la femme. Il faut donc fixer la condition juridique de ces biens de façon à assurer au produit de chaque valeur la même affectation qu'à la valeur elle-même. Et c'est le résultat auquel en arrive, par une application judicieuse de la théorie de la subrogation, le second système.

§ 2. — Protection des tiers contre cette subrogation.

Nous avons posé, en principe général, que la subrogation ne sera opposable aux tiers qu'à condition de les en avertir au préalable au moyen d'un procédé de publicité, qui consistera le plus souvent dans l'observation des formalités de l'article 1434 du Code civil.

En particulier, y a-t-il lieu, pour que cette qualité de bien réservé devienne opposable aux tiers, que la femme ait satisfait à la double déclaration de remploi, et d'origine des deniers ainsi placés ?

La loi semble répondre par la négative, en stipulant dans son article 4 « qu'en cas de contestation, la femme pourra, tant vis-à-vis de son mari que vis-à-vis des tiers, établir par toutes preuves de droit, même par témoins, mais non par

(1) Le Courtois et Surville, t. III, *Suppl.*, n° 11, p. 10 ; Saleilles, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1901, p. 205. *Sic* : Rapport de M. Guillier au Sénat, *J. off.*, 19 septembre 1907, *Documents*, Sénat, 1907, p. 55, 1re col.

la commune renommée, la consistance et la provenance des biens réservés ».

La femme est donc libre d'établir, par tous les moyens en son pouvoir (1), qu'une chose possède le caractère de bien réservé ; elle n'a donc pas à justifier que les formalités du remploi ont été accomplies dans l'acte d'achat qui lui sert de titre de propriété.

Est-ce à dire toutefois que l'accomplissement des formalités de l'article 1434 ne sera jamais nécessaire ? Assurément non. Nous supposons en effet que la femme a, vis-à-vis des tiers, la charge de la preuve de la provenance de ses biens réservés. Or, elle-même a intérêt, dans l'acte d'acquisition, à préciser l'origine des deniers provenant de son travail et le but de son acquisition. Afin de se ménager une preuve facile contre les tiers, elle sera ainsi conduite d'elle-même à observer la double déclaration de remploi et d'origine des deniers.

On peut même se demander si, d'une façon générale, il n'aurait pas été prudent, afin d'éviter de la part des époux des fraudes et des collusions toujours dangereuses pour les tiers, de maintenir l'application de l'article 1434 ?

Le législateur de 1907, qui a surtout eu en vue la protection de la femme, qui a voulu principalement lui assurer une situation privilégiée vis-à-vis des tiers et vis-à-vis de son mari, n'en a pas jugé ainsi. Il ne nous appartient pas ici de faire la critique du but social qu'il a désiré atteindre.

(1) Il faut pourtant que cette preuve soit probante. Un livret de caisse d'épargne constatant des retraits faits par la femme ne saurait être une preuve suffisante. Trib. civ. Seine, 20 décembre 1909, *Gaz. Pal.*, 1910. 1. 141.

CHAPITRE V

DE LA SUBROGATION DANS LES BIENS DOTAUX.

On peut définir les biens dotaux, « les biens exclusivement affectés à l'entretien du ménage et aux intérêts élevés de la famille ». Il convient même de faire observer que ces deux sortes d'intérêts ne coïncident pas toujours. Les intérêts du ménage et ceux de la famille ne se confondent pas : les uns concernent la société conjugale et les personnes que cette société réunit, les autres concernent la famille considérée dans la durée indéfinie des générations qui la composent (1).

Cette affectation des biens dotaux, tout comme l'affectation des propres, se présente avec un caractère contractuel. Le Code civil, en traçant dans ses articles 1540 et suivants un tableau d'ensemble du régime dotal, n'a fait que proposer aux futurs conjoints un modèle à suivre, pour la rédaction de leurs conventions matrimoniales ; et un contrat de mariage, c'est-à-dire un accord des volontés des époux, est toujours nécessaire pour l'adoption de ce régime.

L'affectation des biens dotaux produit des effets très énergiques ; elle entraîne leur indisponibilité plus ou moins complète. Le plus souvent, il s'agira d'une affectation en nature ; ce seront des biens individuellement déterminés que

(1) Voir Bartin, D. 1901.1.149 ; Bartin, *Actions dotales*, Lille, 1892, préface, p. 10. M. Bartin soutient que la dot est un petit patrimoine à affectation spéciale.

les conjoints auront entendu affecter aux besoins du ménage ; et c'est pourquoi, en règle générale, les biens dotaux seront complètement inaliénables. Cette inaliénabilité ne sera limitée que par la nature de l'affectation qui la commande. C'est ainsi que l'aliénation des biens dotaux sera permise dans le cas d'une crise de famille (art. 1558, al. 1 et 2) ; elle sera possible également pour l'établissement des enfants, car ainsi les époux ne détournent pas la dot de son but normal, tout au contraire, ils l'affectent à sa destination naturelle, à son but suprême (1). A côté de cette dot complètement inaliénable, nous trouverons une dot dont la valeur seule est indisponible. Les époux sont, en effet, parfaitement libres d'autoriser, par contrat de mariage, l'aliénation des biens dotaux à charge de remploi ; ils affectent ainsi aux besoins du ménage uniquement la valeur primitive des biens dotaux ; ceux-ci sont donc aliénables, mais à charge de remploi; comme de juste les nouveaux biens acquis à leur place seront, comme les anciens, grevés de la même affectation ; dans le langage juridique on traduit ce résultat par l'idée de subrogation réelle.

Il existe même, d'après la jurisprudence, une troisième forme d'indisponibilité de la dot. La jurisprudence admet que dans certaines conditions, des biens paraphernaux peuvent être grevés de dotalité, c'est-à dire indisponibles jusqu'à concurrence d'une valeur déterminée. Il s'agit encore ici d'une indisponibilité en valeur; mais d'une indisponibilité qui, au lieu de frapper la valeur totale du bien, ne grève qu'une certaine partie de cette valeur.

Cette courte introduction suffira à préciser notre rôle ; laissant de côté la dot complètement inaliénable qui ne

(1) Le Courtois et Surville, *Contrat de mariage*, III, p. 406, n° 1701.

nous intéresse pas directement, nous indiquerons, dans les grandes lignes du reste, les mutations et subrogations qui peuvent se produire dans les biens dotaux dont la valeur seule est indisponible.

SECTION I. — Des cas où se produit la subrogation.

§ 1. — Des cas où cette subrogation s'opère de l'avis de tous.

1° *Echange.* — Lorsque l'échange est permis sous le régime dotal, c'est-à-dire lorsqu'on se trouve dans les conditions exigées par l'article 1559, alinéa 1, l'immeuble acquis en échange est également dotal. Cette solution toute naturelle a été consacrée par le Code civil dans le deuxième alinéa de l'article 1559.

Le législateur a également prévu, toujours dans ce même article, le cas de l'échange avec soulte. Il décide que la soulte due à la femme, lorsque l'immeuble acquis a une valeur inférieure à celle de l'immeuble cédé, sera également dotale, et devra être employée dans l'acquisition d'un bien qui conservera ce même caractère.

On peut voir un échange non plus volontaire, mais forcé, dans l'hypothèse suivante : un immeuble dotal doit être rapporté à la succession du constituant ; à la suite des opérations du partage, un autre immeuble est attribué à la femme. Il est naturel de considérer le nouveau bien ainsi acquis comme dotal. Le résultat du partage n'a pas permis à la femme, qui n'a pas invoqué le rapport en moins prenant de l'article 859, de garder son propre immeuble. Mais il est tout naturel de considérer qu'à défaut du bien lui-même, la valeur de l'immeuble reste affectée aux besoins

du ménage, et que, par suite, le nouveau bien qui le remplace est, comme au cas d'échange, entièrement grevé de dotalité (1).

2° *Remploi.* — Les époux ont permis, dans leur contrat de mariage, l'aliénation d'un immeuble dotal à charge de remploi. Après réalisation du remploi l'immeuble nouveau devient dotal comme l'ancien, conformément sinon à la lettre de la loi, du moins à son esprit (arg. art. 1553, al. 1, et 1558, al. 7 comb.).

Il en est de même lorsque l'immeuble dotal est vendu au cours du mariage avec autorisation de justice dans les cas où la loi permet cette aliénation. Le prix de vente doit être spécialement affecté au but qui a rendu cette aliénation nécessaire, c'est-à-dire par exemple à la réparation du fonds dotal ou à l'établissement d'enfants communs. Mais l'excédent du prix, une fois ces opérations soldées, est dotal et doit être employé dans l'acquisition d'un bien qui est dotal comme le bien aliéné auquel il se trouve subrogé (art. 1558, al. 7).

Pour expliquer ces solutions, il nous suffira de faire observer que dans ces situations, la dot est indisponible, pour tout ou partie de sa valeur, et que les biens nouveaux n'entrent ainsi dans le patrimoine de la femme que grevés de cette même indisponibilité.

3° *Emploi.* — La dot consiste en argent, et il est convenu dans le contrat de mariage que le mari doit en faire emploi au profit de sa femme ; les biens acquis en emploi (immeubles ou valeurs mobilières) sont alors subrogés aux deniers donnés, et par suite prennent à leur place la qualité de bien dotal. C'est la solution indirectement donnée par l'arti-

(1) Montpellier, 11 novembre 1854, S. 54.2.687.

cle 1553, solution qui est du reste entièrement conforme aux principes généraux de notre sujet.

§ 2. — Cas où cette subrogation est discutée. Théorie de la dot incluse.

Ce paragraphe sera consacré à l'examen d'une théorie bien connue, celle de la dot incluse dans les paraphernaux. Après avoir rappelé les principaux cas d'application de cette théorie, nous préciserons, à notre point de vue spécial, le lien qui la rattache à une construction générale de la subrogation réelle.

a) *Cas d'application.*— D'une façon générale, chaque fois qu'un bien aura pris la place d'une valeur dotale, sans que la subrogation complète ne s'opère, il sera paraphernal ; mais comme il représente une valeur dotale, il sera grevé de dotalité jusqu'à concurrence de cette valeur. En théorie seulement, il restera donc à la disposition de la femme qui conservera sur lui ses droits d'administration et de jouissance ; cet immeuble sera aliénable, mais le tiers acquéreur sera tenu d'en procurer à la femme un remploi suffisant ; cet immeuble sera saisissable, mais la femme aura le droit de reprendre sa dot sur le prix de la saisie avant tous les autres créanciers.

Voici maintenant les espèces concrètes à l'occasion desquelles la jurisprudence a élaboré son système :

1° Le mari, après la séparation de biens, doit restituer la dot. Si la dot est restée la propriété de la femme, le mari la lui restitue en nature. Mais si la dot de la femme consistait en argent, le mari se trouve débiteur vis-à-vis d'elle d'une somme égale à celle qu'il a reçue. Le mari peut ne pas avoir de deniers disponibles ; il cède alors en paiement à la femme un de ses immeubles. Cet immeuble est paraphernal, mais

la jurisprudence considère que du moment qu'il a été substitué à une créance dotale, il doit être grevé de dotalité jusqu'à concurrence du montant de cette créance (1).

La Cour de Montpellier (2) a fait une autre application intéressante de ce même principe. Elle décide que l'immeuble attribué à la femme après la séparation de biens en paiement de ses reprises dotales, est paraphernal, mais grevé de dotalité jusqu'à concurrence du montant de ses reprises. Par suite la femme peut en disposer à titre gratuit par voie de partage anticipé entre ses enfants. Mais en cas de saisie faite par l'un des créanciers de l'enfant donataire, la femme sera colloquée dans l'ordre avant tous les autres créanciers, jusqu'à concurrence de la valeur dotale qui lui appartient.

2° Cette hypothèse est analogue à la précédente. Le constituant qui avait promis à la femme une dot en argent ne peut se libérer qu'en lui cédant un de ses immeubles. A défaut de stipulation d'emploi, cet immeuble sera paraphernal, mais grevé de dotalité jusqu'à concurrence du montant de la créance due à la femme par le tiers constituant. Telle fut la solution adoptée par la Cour de cassation le 22 février 1905 (3).

3° Un père constitue à sa fille une dot en argent. Il meurt durant le mariage sans l'avoir payée, la fille dotée recueille dans sa succession un immeuble pour la remplir de sa dot et de ses droits héréditaires. Cassant un arrêt de Toulouse

(1) Cass., 12 avril 1870, D. 70.1.264. D'après cet arrêt l'immeuble « sera grevé de la créance dotale entre les mains de la femme, comme il aurait été grevé de l'hypothèque légale entre les mains du mari ».

(2) Montpellier, 21 juin 1871, D. 71.2.175.

(3) Pau, 8 juin 1892, D. 94.2.315 ; Cass., 22 février 1905, D. 1905, 1.241, note Guillouard.

(21 juillet 1853), la Cour de cassation (1) décida que cet immeuble était paraphernal, mais grevé de dotalité jusqu'à concurrence du montant de la dot. Elle autorisa par suite la femme à en prélever le montant sur le prix de la vente de l'immeuble mis en distribution par préférence à tous les autres créanciers.

4° Pendant le mariage, le mari acquiert avec des deniers dotaux un immeuble au nom de sa femme. Si le contrat de mariage ne contient pas de clause d'emploi, le bien ainsi acquis ne peut qu'être paraphernal, déclare la jurisprudence, mais grevé de dotalité, ajouterons-nous.

Certains auteurs soutiennent que, dans ces conditions, le nouvel immeuble devrait être considéré comme la propriété du mari. Le mari est en effet propriétaire des deniers dotaux ; par suite, il doit être propriétaire également de l'immeuble acquis en place de ces deniers. Décider le contraire, ce serait valider une restitution anticipée de la dot, faite par le mari à sa femme ; ce serait admettre que le mari peut rendre à sa femme, pendant le mariage, l'argent représentant sa dot mobilière, et que la femme peut placer ces fonds pour son compte personnel. Or, une telle solution, qui modifie la situation réciproque des époux relativement aux pouvoirs du mari sur la dot, est forcément en contradiction avec le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

La Cour de cassation (2) répond à cette objection, que

(1) Cass, 1er décembre 1857, D. 58.1.71. Espèce analogue dans Agen, 4 mai 1858, D. 58.2.152. Arrêts organisant en plus un système de publicité : Cass., 3 juin 1891 et 26 novembre 1895, D. 92.1.13 et S. 96.1.73.

(2) *Sic* : Cass. (ch. civ.), 19 décembre 1871 (D. 72.1.77), arrêt cassant un arrêt de Bordeaux du 24 janvier 1870, ayant admis la solution contraire. — Voir aussi Caen, 29 novembre 1872, D. 74.2.107.

l'article 1553 tranche une question de dotalité et non une question de propriété ; qu'en refusant à l'immeuble acquis par la femme le caractère de bien dotal, il ne lui ôte pas celui de bien propre quand l'achat a été fait en son nom ; que de plus, aux termes de l'article 1594, il est permis à toute personne, à laquelle la loi ne l'interdit pas, d'acheter ; qu'aucun texte légal n'ôte à la femme le droit d'acquérir des biens extra-dotaux.

Mais en admettant, au moins sous bénéfice d'inventaire, la théorie de la Cour suprême, un tempérament s'impose à son système ; les biens nouveaux ne doivent pas être entièrement libres entre les mains de la femme ; ils doivent être grevés de dotalité dans la même mesure que les deniers dotaux dont ils ont pris la place.

5° La femme, après la séparation de biens, achète un immeuble avec l'argent provenant de la restitution de sa dot. Si le contrat de mariage n'a pas prévu une clause d'emploi, ce bien ne peut être que paraphernal, mais il sera grevé de dotalité (1).

La même solution s'impose au cas où le remploi, bien que prévu par le contrat de mariage, a été irrégulièrement fait. C'était le cas dans l'espèce délicate qu'avait à résoudre la Cour suprême le 1er août 1900 (2).

L'emploi des deniers dotaux avait été fait par la femme en meubles meublants, alors que le contrat de mariage ne l'admettait qu'en valeurs mobilières ou en immeubles. Dans ces conditions, une double question se posait aux juges : 1° Les biens ainsi acquis étaient-ils dotaux ? Non, semble-t-il,

(1) Grenoble, 11 juillet 1857, D. 57.2 210.

(2) Cass., 1er août 1900, D. 1901.1.145, note Bartin, S. 1901.1.5, note Lyon-Caen.

car le remploi ainsi fait était forcément irrégulier aux termes du contrat de mariage. 2° Mais alors, si ces biens n'étaient pas dotaux, ils devaient pourtant être considérés comme représentant la dot mobilière, et par suite comme insaisissables au moins dans cette mesure. Et c'est pourquoi la Cour de cassation a annulé la saisie qui en avait été faite.

b) *Appréciation de ce système. Ses rapports avec la théorie de la subrogation.* — En général, la théorie de la dot incluse est très vivement critiquée en doctrine. On lui reproche d'avoir rétabli, sous l'empire du Code civil, une théorie abandonnée, celle de la « dotalité subsidiaire » (1). On lui reproche également de créer une troisième catégorie de biens qui ne sont franchement ni des biens dotaux, ni des biens paraphernaux, et qui se trouvent ainsi dans une situation singulière.

M. Labbé (2) s'est fait l'écho de ces critiques. « Cet immeuble, écrit-il, qui appartenant à une femme mariée n'est pas dotal, qui n'est pas inaliénable, mais qui recèle en son sein une valeur dotale indisponible, qui la garde, en répond

(1) Dans notre ancien droit, le bien acheté par le mari avec des deniers dotaux devient sa propriété.

Les jurisconsultes ont apporté à ce système un tempérament, ils décident qu'en cas d'insolvabilité du mari, ce bien même aliéné pouvait être revendiqué par la femme. Ils n'exigent même pas pour cela que le contrat de mariage contienne une déclaration d'emploi.

C'est la théorie « *de la dotalité subsidiaire* ». Cette théorie étant contraire à l'ancienne idée de la subrogation limitée aux corps certains, les jurisconsultes la justifiaient soit en se basant sur des textes romains (loi 12, Cod., *de jure dotium*, V-12), soit en généralisant certaines Coutumes (Sens, Melun, Auxerre) dans lesquelles cette subrogation était expressément consacrée. — Voir Le Courtois et Surville, t. III, n° 1852, et bibliographie de la question dans la note 1, p. 672.

(2) Labbé, note au Sirey, 1893.1.5.

et doit la rendre aux époux, c'est une nouveauté, presque une monstruosité juridique inventée par la jurisprudence. »

Mais lorsqu'on examine cette théorie au point de vue spécial auquel nous nous plaçons ici, on est bien obligé de reconnaître qu'elle n'est que la traduction très exacte des idées d'affectation et de subrogation.

Nous avons vu que cette théorie intervient en fait dans les conditions suivantes : la femme possède une créance dotale soit contre le mari lui-même, soit contre un tiers. Cette créance est, d'après la jurisprudence, inaliénable, la femme ne peut donc en disposer, mais il peut se faire que pour une raison ou une autre cette créance fasse l'objet d'une véritable dation en paiement : le tiers ou le mari cède à la femme, pour se libérer de la dette qu'il lui doit, un bien, généralement un immeuble. Il y a donc dans ce cas substitution d'un bien meuble ou immeuble à une créance dotale, et il est naturel de considérer le bien acquis, quoique la propriété de la femme, comme indisponible dans la même nature que la valeur dotale qu'il remplace et à laquelle il se trouve subrogé en fait sinon en droit.

Ce bien ne sera pas dotal, au sens complet du mot, il ne sera pas soumis à l'administration et à la jouissance du mari, il sera même aliénable et saisissable, mais à condition d'affecter au préalable à la femme et aux besoins de la famille la valeur dotale qu'il représente.

La créance de reprise dotale, étant inaliénable entre les mains de la femme, parce qu'affectée aux intérêts élevés de la famille, la jurisprudence considère que le bien qui lui est substitué n'est aliénable que dans la mesure où il n'est pas grevé de cette affectation, c'est-à-dire dans la mesure où sa valeur excède le montant de la créance dotale.

Cette théorie est donc entièrement conforme à l'idée

d'affectation qui domine toutes les questions de subrogation. Mais n'est-elle pas contredite par les principes du régime dotal ? C'est ce que nous allons maintenant rechercher.

1° Cette théorie est-elle tout d'abord en contradiction avec le système du Code civil qui n'a organisé que deux catégories de biens, les biens dotaux et les biens paraphernaux ?

Pour nous, il n'y a pas en réalité de différence véritable de nature entre les biens dotaux et paraphernaux. Cette qualité de bien dotal, comme nous l'avons montré, n'est pas une qualité intrinsèque au bien lui-même ; c'est une qualité qui n'exprime jamais que son affectation aux besoins du ménage ; aussi n'est-il pas impossible qu'un bien ne soit dotal, c'est-à-dire affecté que jusqu'à concurrence d'une valeur déterminée et libre, c'est-à-dire paraphernal pour le surplus.

Il nous semble que cette affectation partielle de la valeur d'un bien à un usage déterminé n'a rien en soi de si étrange et de si anormal. Sans doute cette situation n'a pas été spécialement prévue par le Code ; mais c'est, comme nous le montrerons plus loin, parce que cette théorie est la conséquence de l'inaliénabilité de la dot mobilière, œuvre elle aussi de la jurisprudence.

2° Ce système ne porte-t-il pas atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales (1) (art. 1543 et 1395 comb.) en donnant aux clauses du contrat de mariage une portée plus étendue que celle qu'elles comportaient originairement?

(1) C'est l'argument qui semble avoir frappé M. Demogue (*Subrogation réelle*, p. 45 et 48). Pour lui, l'article 1553 est une application du principe de l'immutabilité. Il consacre ce principe que « la dot en deniers ne peut devenir une dot en propriété, si cela n'a pas été prévu par le contrat de mariage ».

N'a-t-il pas pour effet en quelque sorte de permettre aux époux de réaliser une augmentation déguisée de la dot au cours du mariage ?

Mais, ici encore, l'objection est facile à réfuter. Il y aurait en effet atteinte au principe de l'immutabilité, si les parties pouvaient subroger à une simple créance dotale un immeuble qui serait lui aussi entièrement dotal. Un immeuble ayant toujours plus de valeur qu'une simple créance, étant d'autre part susceptible d'une plus-value, la dot s'en trouverait par là même augmentée. Mais l'immeuble n'est dotal que jusqu'à concurrence de la somme qu'il remplace ; la dot n'a donc pas changé, elle ne se trouve pas augmentée, elle conserve la même valeur qu'elle avait auparavant. Mais, par contre, elle n'est pas non plus diminuée ; objection que l'on peut adresser aux auteurs qui n'admettent aucune subrogation du bien acquis en place des deniers dotaux.

La subrogation nous apparaît donc comme nécessaire pour maintenir perpétuellement affectée aux besoins du ménage une valeur constante ; bien loin de contredire le principe de l'immutabilité, elle est là pour le sauvegarder en conservant toujours intacte la valeur de la dot sans augmentation ni diminution.

3° Reste enfin un argument de texte, que nous avons réservé pour la fin, parce qu'il nous a semblé plus décisif. L'article 1553 décide « que l'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal si la condition de l'emploi n'a été stipulée par le contrat de mariage ».

L'alinéa 2 ajoute : « qu'il en est de même de l'immeuble donné en paiement de la dot constituée en argent ».

Or, dira-t-on, voilà au moins dans deux cas votre système en contradiction avec la loi. Car, en définitive, quoi qu'en dise la jurisprudence, les immeubles en question sont do-

taux au moins pour une partie, et paraphernaux simplement pour le surplus. Nous préférons ne pas subtiliser sur le sens à donner ici au mot dotal, et nous reconnaissons bien volontiers que sur ce point la jurisprudence est en contradiction avec la loi.

Seulement c'est ici que nous croyons qu'il est surtout utile de ne pas s'arrêter à l'interprétation littérale des textes et de rechercher l'esprit qui a inspiré le législateur. Pourquoi la décision de l'article 1553, dont la solution semble au premier abord surprenante ? Uniquement parce que le Code civil n'avait prévu que l'inaliénabilité de la dot immobilière. Puisque dans son système les meubles dotaux étaient entièrement disponibles, il était très naturel de décider qu'il devait en être de même des immeubles acquis en place de créances dotales.

Mais les choses ont changé, la jurisprudence, dans une pensée de protection dont on ne saurait guère la blâmer, a étendu l'indisponibilité dotale aux biens meubles de la femme. Désormais une créance dotale est aussi indisponible qu'un immeuble ; il est donc naturel de décider que chaque fois qu'un bien aura pris la place d'une créance dotale, il sera indisponible dans la même mesure que la créance qu'il remplace. La théorie de la dot incluse est nécessaire, si l'on admet le point de départ de l'inaliénabilité de la dot mobilière (1). Quant à l'article 1553, il s'est trouvé de ce chef, sinon abrogé, du moins écarté. Cette subrogation de la loi par la coutume semblera peut-être un résultat monstrueux à certains jurisconsultes ; et pourtant c'est un résultat qu'il est nécessaire d'admettre sur le terrain économique pour éviter des conséquences absurdes.

(1) *Sic* : Guillouard, IV, n° 2088 *in fine*. Guillouard est pourtant un adversaire de cette théorie de la dot incluse.

La dot mobilière étant indisponible, parce qu'affectée, elle aussi, aux intérêts supérieurs de la famille, la femme ne peut disposer d'une créance dotale, c'est-à-dire ni la céder, ni y renoncer. Bien plus, si cette créance vient à être remboursée, les deniers n'en sont pas à la disposition de la femme, mais deviennent la propriété du mari, qui normalement va les employer aux besoins du ménage.

Or, par suite d'un accident fortuit, cette créance que la femme possède contre son mari ou contre un tiers va être remplacée par un immeuble, et la femme qui ne pouvait valablement disposer de la créance, va pouvoir entièrement disposer de l'immeuble ! Un tel résultat semble inadmissible. Le nouveau bien est forcément contre l'ancien grevé de la même affectation ; comme lui il ne doit être libre entre les mains de la femme qu'après affectation à son but normal de la valeur dotale qu'il représente et qui a servi à l'acquérir.

4° Mais, dira-t-on en dernier lieu, sur le terrain économique où vous vous placez, êtes vous bien sûr que votre système ne soit pas dangereux pour les intérêts des tiers ? Sans doute il protège d'une façon très efficace les époux, mais il risque de léser les droits très respectables et des tiers acquéreurs et des créanciers saisissants. A cela il suffit de répondre que les droits des tiers seront sauvegardés par un système de publicité que nous indiquerons plus loin, système qui aura justement pour but de les avertir de la condition juridique spéciale des biens qui les intéressent (1).

(1) Nous ne reviendrons pas ici sur l'objection tirée de l'idée de restitution anticipée de la dot. Cet argument ne nous semble pas, en effet, atteindre le principe même de la théorie de la dot incluse, mais simplement une de ses applications particulières.

SECTION II. — **Des effets de cette subrogation.**

a) Nous supposerons tout d'abord la subrogation admise par la loi ou prévue par le contrat de mariage. Dans ces conditions, ses effets en sont simples : le nouveau bien ayant pris la place de l'ancien, est comme lui dotal, c'est-à-dire affecté aux besoins de la famille ; comme lui, il sera par suite inaliénable, insaisissable et soumis aux droits d'administration et de jouissance du mari. L'indisponibilité de ce bien sera nécessaire pour assurer sa conservation ; les droits du mari, indispensables pour maintenir son affectation permanente aux besoins du ménage.

Une situation plus délicate se présente déjà, lorsque le bien acquis en échange ou en remploi est d'une valeur supérieure à celle du bien cédé ou aliéné. Le nouveau bien ne devient alors dotal que jusqu'à concurrence de la valeur du précédent (1). Il sera donc soumis aux droits d'administration et de jouissance du mari, mais le mari ne devra en percevoir les revenus que dans la mesure des intérêts de la valeur dotale à laquelle le bien a été substitué. Il sera indisponible et insaisissable, uniquement dans la mesure où il représente une valeur dotale ; pour le surplus il sera entièrement libre entre les mains des époux. Il semble donc nécessaire d'admettre que les époux pourront l'aliéner à charge d'un remploi égal seulement à la valeur du premier bien dotal, que les créanciers pourront saisir l'excédent disponible de ce bien, une fois dégagée la valeur dotale qu'il renferme.

(1) Principe posé dans un arrêt de Montpellier du 24 janvier 1895 (D. 95.2.434).

b) Cette analyse de la condition juridique des biens partiellement dotaux nous amène à étudier la situation spéciale des biens grevés de dotalité, parce que représentant ou renfermant en eux une valeur dotale.

Ces biens, en théorie du moins, restent des paraphernaux, ils sont par suite réservés à l'administration et à la jouissance de la femme. Mais ils n'en sont pas moins grevés de dotalité, c'est-à-dire affectés en capital et en revenus aux besoins du ménage Par suite, la femme devra céder au mari les revenus de son bien paraphernal jusqu'à concurrence de la valeur de la dot qui s'y trouve contenue (1).

La femme peut sans doute vendre cet immeuble puisqu'il est paraphernal, mais elle ne peut dissiper la valeur dotale qu'il représente ; elle doit faire de cette valeur un emploi suffisant. Et il semble même que, conformément aux principes du régime dotal, on doit décider que ce quasi-remploi sera obligatoire pour les tiers acquéreurs qui devront en surveiller la parfaite exécution La jurisprudence a admis (2), — ce qui est peut-être contestable — que la femme pouvait disposer de ce bien à titre gratuit. Seulement, comme dans ces conditions la subrogation ne s'est pas opérée, puisque le bien n'a été remplacé par aucune contre-valeur, le bien reste grevé même entre les mains du donataire de son affectation dotale. Par suite ce dernier ne pourra en disposer que réserve faite de cette affectation. Ses créanciers qui auront saisi l'immeuble ne seront par suite colloqués qu'après la femme.

(1) *Sic* : Planiol, *Manuel*, t. III, n° 1677.

Au contraire : Le Courtois et Surville (t. III, § 1859) ; Aubry et Rau (t. V, § 534, texte et notes 23 à 26, p. 537 et 538) laissent l'administration et la jouissance de ce bien au mari.

(2) Montpellier, 21 juin 1871, D. 71.2 175 ; Cass., 12 avril 1870, D. 70.1.264 ; S. 70.1.185.

Les créanciers peuvent saisir l'immeuble même grevé de dotalité, mais ils ne seront payés qu'après la femme (1). Celle-ci n'invoquera pas à leur encontre un véritable privilège, mais formera une demande en distraction, car les créanciers n'ont pas le droit de s'emparer de la valeur dotale que renferme le bien, cette valeur devant toujours demeurer affectée aux besoins du ménage. Par suite, dans l'ordre qui s'ouvrira à la suite de l'adjudication sur saisie, la femme sera colloquée avant tous les autres créanciers.

Certains arrêts de Cours d'appel ont été plus loin (2), ils ont obligé les saisissants soit à prendre l'engagement de faire monter le prix à une somme suffisante pour désintéresser la femme, soit à consigner par avance une somme permettant à la femme de recouvrer sa dot.

Cette jurisprudence, qui avait pour conséquence pratique de paralyser presque complètement le droit de saisie des créanciers sur les paraphernaux, ne semble pas avoir reçu l'approbation de la Cour de cassation. Celle-ci, dans un arrêt du 22 février 1905 (3), a posé en principe : que la femme ne pouvait exiger du poursuivant l'engagement de garantir le recouvrement de la dot et de faire porter le prix d'adjudication à une somme suffisante pour en assurer le remboursement intégral. Le créancier pourra donc aujourd'hui saisir sans être obligé de prendre un engagement personnel ou de faire une consignation préalable. Les restrictions à ces droits ne portent plus sur l'exercice même de

(1) Cass., 27 février 1883, D. 84.1. 29 ; Paris, 7 mai 1895, D. 96. 2.204.

(2) *Sic* : Grenoble, 11 juillet 1857, D. 57.2.210 ; Agen, 13 août 1891, D. 92.2.559 ; Bordeaux, 14 mai 1857, D. 57.2.211. — *Contrà* : Toulouse, D. 60.2.64

(3) 22 février 1905, D. 1905.1.241, note Guillouard.

la saisie, mais simplement sur son efficacité, en ce sens qu'il ne pourra jamais passer qu'après la femme.

Lorsqu'on compare la situation juridique de ces deux catégories de biens : biens partiellement dotaux et biens paraphernaux grevés de dotalité (1), on ne saurait manquer d'être frappé de la grande analogie qui existe entre ces deux situations.

La seule différence que l'on puisse relever entre ces biens a trait à leur administration. Cette administration, dans un cas, est confiée au mari, et dans l'autre se trouve entre les mains de la femme. Mais en négligeant cette différence, plus théorique que pratique (2), on est en droit de dire que les paraphernaux grevés de dotalité sont traités comme des biens partiellement dotaux. Par suite on est en droit de conclure que les paraphernaux grevés de dotalité ne sont pas autre chose que des biens partiellement dotaux, des biens qui ne sont dotaux que jusqu'à concurrence d'une valeur déterminée et qui pour le surplus sont paraphernaux.

SECTION III. — **Protection des tiers.**

Nous avons posé en principe général, dans notre chapitre de l'affectation contractuelle, qu'un bien, par suite d'une su-

(1) Voir cette comparaison indiquée dans Le Courtois et Surville, t. III, n° 1858.

(2) Cette différence est plus théorique que pratique pour deux raisons : 1° Les époux peuvent toujours, par contrat de mariage, confier au mari l'administration des paraphernaux de la femme. C'est une clause fréquente en pratique.

2° Même dans le silence du contrat de mariage, certains auteurs n'en réservent pas moins au mari l'administration des paraphernaux grevés de dotalité (Voir en ce sens : opinions déjà citées d'Aubry et Rau et de Le Courtois et Surville).

brogation occulte ou d'une affectation clandestine, ne devait pas se trouver dans une situation juridique de nature à préjudicier aux droits des tiers. Or sous le régime dotal, les tiers ont le plus grand intérêt à connaître la subrogation qui les touche de bien des manières. Il suffira en effet de rappeler ici que les biens dotaux sont toujours plus ou moins indisponibles et que le remploi d'un bien dotal, lorsqu'il a été prévu par le contrat de mariage, est obligatoire pour les tiers. Aussi la loi et la jurisprudence se sont-elles efforcées de protéger leurs droits d'une façon très complète.

a) Les tiers auront connaissance de l'existence du contrat de mariage au moyen de la publicité spéciale organisée par la loi de 1850, et ils pourront ainsi prendre connaissance des clauses de dotalité.

Mais ce n'est pas tout ; si au cas d'échange la subrogation est évidente et s'opère sans aucune formalité, au cas de remploi il faudra avertir les tiers de l'origine du bien ainsi acquis. Aussi est-on généralement d'accord pour décider que le nouveau bien ne deviendra dotal que si les formalités de l'article 1434 ont été observées (1).

b) Enfin, et c'est le point le plus curieux, la jurisprudence, qui a admis dans certains cas qu'un bien paraphernal pouvait être grevé de dotalité, a décidé que cette subrogation partielle ne pouvait s'opérer que si une certaine publicité, destinée à avertir les tiers, avait été observée.

Mais en quoi consiste exactement cette publicité ? La Cour de cassation en a posé les bases dans deux décisions célèbres de 1891 et de 1895 (2). 1° Il faut une déclaration

(1) C'est l'opinion presque générale. 1° Jurisprudence : Toulouse, D. 42.2.10 ; Pau, S. 60.2.415 ; 2° Aubry et Rau, t. V, § 537, p. 581 ; Le Courtois et Surville, t. III, n° 1766, p. 521 (Bibliographie, note 1) ; Planiol, t. III, n° 1550. — *Contrà* : Laurent, t. XXIII, n° 519.

(2) Cass., 5 juin 1891 et 26 novembre 1895, D. 92.1.13 et D. 96.1.313.

indiquant l'origine des deniers, et l'affectation spéciale qui en résultera pour le bien acquis en place de ces deniers. 2° Il faut de plus que cette déclaration soit contenue non pas dans un acte juridique quelconque, mais dans l'acte même d'acquisition qui sert de titre de propriété à la femme.

Toutefois la Cour de cassation, dans un arrêt plus récent du 14 juin 1904 (1), est revenue sur l'exigence de cette seconde condition. Il semble qu'aujourd'hui elle se contente d'une déclaration contenue dans un acte juridique quelconque, pourvu que cet acte ait un certain rapport avec le titre d'acquisition.

Voici en effet l'espèce qui était soumise à l'examen de la Cour suprême. Une femme mariée avait fait l'acquisition, en place de créances de reprises dotales, d'un immeuble saisi entre les mains de son mari. Cet immeuble était frappé de dotalité incluse. Mais à quelles conditions cette dotalité devait-elle être opposable aux tiers ? Il semble que logiquement on aurait dû décider que c'est le jugement d'adjudication qui aurait dû contenir les déclarations destinées à avertir les tiers. C'est en effet le jugement d'adjudication qui constitue seul le titre de propriété de la femme. Ce n'est pourtant pas ainsi que la Cour a jugé cette affaire, elle a considéré que les mentions faites dans l'ordre étaient suffisantes pour avertir les tiers. Et pourtant l'ordre n'est qu'un acte juridique quelconque et non pas le titre d'acquisition de la femme !

Au point de vue des principes généraux, on ne peut que regretter cette jurisprudence nouvelle (2). D'une façon gé-

(1) Cass., 14 juin 1904, D. 05.1.185, S. 05.1.489, note Naquet.

(2) Sans doute l'espèce était peu favorable aux tiers, qui pouvaient paraître bien imprudents de ne pas avoir pris connaissance de la pro-

nérale, lorsqu'un tiers désire connaître la situation juridique d'un bien, il remonte à l'acte d'acquisition de ce bien ; s'il y trouve mention d'une subrogation, il est averti de sa situation nouvelle, et il prend ses précautions en conséquence ; sinon il passe outre. Un tiers prudent n'omettra jamais de faire cette consultation de l'acte d'acquisition ; mais on ne peut l'obliger à prendre connaissance de tous les actes juridiques qui, de loin ou de près, ont trait à l'affaire. Ce serait en effet lui imposer des démarches aussi longues qu'infructueuses. Et c'est pourtant le résultat auquel en arrive aujourd'hui la Cour suprême, en abandonnant le système très ingénieux des arrêts de 1891 et de 1895.

Appendice. — *De la subrogation entre le contrat de mariage et le mariage.*

Les clauses d'affectation des biens matrimoniaux, soit aux besoins personnels de la femme sous les régimes de communauté, soit aux besoins du ménage sous les régimes dotaux, sont en fait le plus souvent (1) contenues dans un contrat de mariage. Mais presque toujours il s'écoule un certain laps de temps entre le contrat de mariage et le mariage lui-même. Or, à partir de quel moment ces clauses vont-elles produire leurs effets ? Logiquement, il semble que l'on devrait décider que les effets de l'affectation ne remontent qu'au jour du mariage. Tant que le mariage n'a pas été célébré, il n'y a ni biens propres, ni biens communs, ni biens dotaux, ni biens paraphernaux ; tous les biens sont entière-

cédure d'ordre. Aussi ne critiquons-nous pas spécialement la décision rendue dans cette espèce par la Cour suprême, mais plutôt les principes nouveaux que la Cour semble aujourd'hui admettre.

(1) Obligatoirement, s'il s'agit des régimes dotaux.

ment libres entre les mains des futurs époux ; tous, ils doivent donc être traités de la même façon. Et un texte du Code (l'article 1399) semble entièrement confirmer cette manière de voir.

Seulement à cette conception toute théorique des effets des conventions matrimoniales, il semble bien que les usages judiciaires ont substitué un système plus pratique et plus voisin de la réalité.

La jurisprudence (1) admet, au moins dans une certaine mesure, qu'une fois le mariage célébré, les effets des clauses d'affectation que contient le contrat doivent rétroagir jusqu'au jour de sa passation.

Ce système accepté, en tant que solution de principe de la question, on en arrive à admettre les conséquences suivantes :

A. — *Régimes de communauté.* — Toute la controverse roule sur l'application qu'il convient de faire de l'article 1404, alinéa 2, du Code civil. Cet article décide que l'immeuble acquis avec des deniers communs entre le mariage et le contrat de mariage tombe en communauté.

Quel est le sens exact de cet article (2) ? Doit-on l'envisager comme une disposition exceptionnelle, consacrant une exception aux principes généraux, afin d'éviter et de réprimer des fraudes toujours possibles entre les époux ? Doit-on au contraire l'envisager comme une application du

(1) V. Planiol, *Manuel*, t. III, n° 883. — V. surtout, arrêt de Cass. du 18 décembre 1878, D. 79.1.441. — V. Le Courtois et Surville, t. I, p. 205. Bibliographie dans la note 4. La doctrine est généralement hostile à cette manière de voir.

(2) Art. 1404 : 1° *idée de fraude* : Le Courtois et Surville, t. I, n° 317 ; Planiol, t. III, n° 928 ; 2° *principe de l'immutabilité* : Aubry et Rau, t. V, § 507, note 7, p. 283 ; Guillouard, t. I, n° 249.

principe plus général de la subrogation ? Doit-on considérer que le législateur a entendu faire produire leurs effets aux conventions matrimoniales dès le jour du contrat (réserve faite naturellement de l'article 1399) (1) ?

Nous avons déjà vu la pratique s'orienter en ce sens. C'est que toutes les raisons qui commandent le principe de l'immutabilité sont presqu'aussi fortes avant qu'après le mariage. Afin d'assurer la protection et des époux et de leur famille, on est conduit à ne pas permettre trop facilement les changements apportés après coup au pacte nuptial. Ces changements ne seront valables que si les époux ont observé les formalités de l'article 1396. Mais à quoi bon leur imposer toutes ces formalités, si on leur permet, d'autre part, de modifier la composition de leurs patrimoines respectifs, par des changements et par des mutations trop nombreuses !

Afin de sauvegarder les intérêts réciproques des époux, il faut dès la rédaction du contrat ne pas leur permettre de changer la valeur respective de leurs patrimoines.

L'article 1404 n'est alors que la mise en œuvre de cette idée générale puisqu'il empêche les époux de s'enrichir aux dépens de la masse commune. Mais inversement la masse commune ne doit pas s'enrichir aux dépens des époux, par suite l'immeuble acquis avec des deniers que l'un des époux se serait réservés en propre sera propre. De même sera propre le prix de l'immeuble aliéné après le contrat et avant la célébration. Seront propres également les valeurs qui auraient été acquises avec le prix d'aliénation.

(1) L'article 1399 semble en effet assez difficilement conciliable avec ce dernier système.

B. — *Régime dotal.* — Si l'on admet que l'article 1404 n'est que l'application du principe plus général de l'immutabilité ; si l'on considère qu'il fait remonter dans une certaine mesure, au jour du contrat de mariage, les effets des conventions matrimoniales, il n'y a aucune bonne raison pour ne pas étendre la subrogation qu'il consacre, implicitement du moins, au régime dotal. D'autant plus qu'un texte spécial au régime dotal, l'article 1559, alinéa 4, semble confirmer cette manière de voir.

Comme sous le régime de communauté, la subrogation, sous le régime dotal, doit assurer la conservation de la valeur des différents patrimoines dès le jour de la passation du contrat.

C'est pourquoi la jurisprudence a décidé, dans un arrêt bien connu du 18 décembre 1878,que les immeubles acquis au moyen d'un échange par la future épouse entre le contrat et le mariage sont dotaux comme les biens dont ils prennent la place (1).

La même solution s'imposerait au cas d'aliénation suivie de remploi d'un bien dotal, lorsque le contrat de mariage implique cette condition. Le nouveau bien serait dotal comme celui dont il aurait pris la place.

(1) M. Planiol, t. III, n° 823, approuve ce système et la jurisprudence (arrêt cité) qui le consacre en partant de cette idée que les clauses d'affectation doivent produire leurs effets et entraîner la subrogation dès l'instant même du contrat de mariage. Cette idée nous semble très exacte. Mais pourquoi le savant auteur restreint-il son application au seul régime dotal ? Pourquoi ne pas généraliser ce système et l'étendre aussi bien au régime de communauté qu'au régime dotal, en décidant que l'article 1404, alinéa 2, n'est qu'une application particulière d'un principe plus général ? Est-ce l'article 1399 qui empêche cet auteur de donner à son système toute l'extension désirable ?

CHAPITRE VI

SUBROGATION DANS LES BIENS GREVÉS DE CHARGES OU AFFECTÉS A DES FONDATIONS.

Lorsqu'un bien a fait l'objet d'une libéralité avec charge, il se trouve le plus souvent frappé entre les mains du donataire d'une certaine indisponibilité.

Tantôt le donateur assure le respect de sa volonté en stipulant l'inaliénabilité complète du bien, tantôt il se borne à prendre certaines mesures pour assurer la conservation de la valeur des biens par lui donnés.

C'est dans ces conditions que la subrogation va intervenir, comme conséquence forcée de la volonté du disposant. Lorsqu'un bien ainsi donné ou légué se trouve affecté à un usage déterminé, il ne peut être le plus souvent aliéné qu'à charge d'emploi ou de remploi, et le nouveau bien ainsi acquis est comme lui grevé de la même charge, résultat que l'on exprime en disant qu'il lui est subrogé.

La charge qui grève ainsi le bien peut avoir été stipulée dans l'intérêt d'une tierce personne physique ou morale. C'est la situation que nous étudierons dans notre section première.

Cette charge peut imposer au donataire l'obligation de conserver et de rendre à son décès à un tiers par avance désigné. C'est la théorie des substitutions à laquelle sera consacrée notre section II.

La fondation (section III) se réalise également dans le droit français par le procédé de la libéralité avec charge.

Enfin la charge peut être dans l'intérêt du donataire lui-même, que le donateur a voulu protéger, pendant sa minorité, contre sa propre inexpérience, ou contre la négligence de son représentant légal. Cette dernière clause sera le point de départ de notre section IV qui aura pour objet l'étude de la subrogation dans les biens appartenant à des mineurs.

SECTION I. — Libéralités avec charges.

Au point de vue qui nous occupe, il convient de distinguer trois séries d'hypothèses qui correspondent chacune à une subrogation différente.

1° Le disposant peut avoir légué ou donné une somme d'argent à charge de l'employer dans l'acquisition d'un bien, qui servira à un usage déterminé. Il faut considérer, dans ce cas, que le bien ainsi acquis est subrogé à la somme donnée et que, par conséquent, il devra être restitué à sa place en cas de révocation de la donation pour inexécution des charges.

2° L'hypothèse inverse est possible. Le disposant peut avoir légué ou donné un bien à charge de le convertir en argent, et d'affecter la somme ainsi obtenue à un usage déterminé. Ici encore, une subrogation intervient : c'est la subrogation du prix de vente à la chose donnée.

3° Enfin, lorsqu'un bien affecté à un usage déterminé est de ce chef frappé d'une indisponibilité en valeur, tout bien acquis en échange ou en remploi lui est subrogé. Dans ce cas, il y a alors subrogation de la chose acquise à la chose originairement donnée.

§ 1. — Legs ou donation d'une somme d'argent à charge de l'employer dans l'acquisition d'un bien qui servira à un usage déterminé.

Il arrive assez souvent qu'une personne donne ou lègue une somme d'argent à charge d'employer cette somme à l'acquisition d'un bien qui servira à un usage déterminé. Le bien ainsi acquis doit être considéré comme subrogé réellement à la somme donnée, et par suite, comme lui, il doit être restitué aux héritiers en cas de révocation de la donation pour inexécution des charges.

Pour illustrer cette théorie générale, empruntons quelques exemples à la jurisprudence la plus récente. Le 1er août 1910, la Cour de cassation (1) avait à trancher la difficulté suivante. Une donation d'une somme d'argent avait été faite à une congrégation à charge de construire une chapelle. La donation se trouvant révoquée par suite de la dissolution de la congrégation, il s'agissait de savoir si l'on devait considérer la chapelle comme subrogée à la somme donnée, et par suite comme pouvant être seule revendiquée par les héritiers. La Cour de cassation, pour des raisons théoriques que nous avons déjà indiquées (2), s'est refusée dans ce cas à consacrer la thèse de la subrogation. Si l'on admet, comme nous l'avons fait, la théorie de l'affectation contrac-

(1) C. cass., 1er août 1910, *Gaz. Pal.*, 1910, 2e sem., p. 286

(2) Voir plus haut notre chapitre de l'affectation contractuelle. Nous rappelons ici les principes posés par la Cour suprême. « L'affectation par donation d'une somme d'argent à un objet déterminé ne rentre dans aucun des cas de subrogation réelle prévus par la loi, et par suite elle n'emporte pas d'elle-même substitution de l'objet à la somme d'argent. Pour qu'elle ait cet effet, il faut qu'il lui ait été attribué par la volonté des parties. »

tuelle, aucun doute ne semble possible ; la chapelle était forcément subrogée à la somme donnée, car seule elle faisait désormais l'objet de l'affectation voulue par le disposant ; seule elle devait donc être restituée aux héritiers au cas de révocation de la donation. Aucune convention nouvelle n'était nécessaire pour rendre cette subrogation obligatoire, puisqu'elle résultait forcément de la volonté du disposant.

Du reste, nous croyons qu'il ne faudrait pas s'alarmer outre mesure de cette solution de la Cour suprême en y voyant un recul et un abandon de sa théorie de 1901. C'est que cet arrêt s'explique surtout par des raisons spéciales à cette espèce. La Cour de cassation avait vu en 1901, dans la subrogation, un moyen très efficace de protection des héritiers au cas de révocation de la donation, et c'est pourquoi, soucieuse avant tout d'obtenir ce résultat pratique, elle avait réhabilité la théorie de la subrogation. Au contraire, dans l'espèce de 1910, la subrogation se trouvait être défavorable aux héritiers qui préféraient de beaucoup la restitution d'une somme d'argent à celle d'une chapelle dont ils n'auraient su que faire. Et chose curieuse, c'est ici le liquidateur — et non plus les héritiers comme dans l'espèce de 1901 — qui réclamait par son pourvoi l'application de la subrogation. La jurisprudence n'a pas voulu, en lui donnant raison, faire de la subrogation une arme à double tranchant, tantôt favorable, tantôt défavorable aux héritiers, et elle a rejeté en conséquence le pourvoi formé par le liquidateur, en soutenant que la subrogation ne résultait pas ici de la volonté des parties.

Théoriquement nous croyons qu'elle a eu tort, en ne se ralliant pas franchement au système de l'affectation contractuelle. Mais, pratiquement, sa solution ne nous semble

guère préférable. C'est que la jurisprudence se fait, selon nous, une idée très fausse de la subrogation et de son utilité pratique. La subrogation a pour but d'assurer d'une façon aussi complète que possible le respect de la volonté du disposant en donnant aux clauses d'affectation toute la portée qu'elles comportent ; mais elle n'a nullement pour but de protéger les héritiers. L'action en révocation est un remède très imparfait dont on doit se contenter faute de mieux, lorsque la volonté du disposant ne peut plus être exécutée. Mais la subrogation qui intervient alors peut être tantôt favorable, tantôt défavorable aux héritiers selon le but voulu originairement par le défunt. Et nous croyons que cette conséquence n'a rien de choquant, ni de contraire à l'idée rationnelle que l'on doit se faire de la subrogation réelle, et de son utilité pratique.

Une autre espèce intéressante nous est fournie par un jugement du tribunal civil d'Albi, du 10 mai 1911 (1).

Un ancien magistrat, M. de Roquier-Varenne, a fait, en 1816, donation de sommes d'argent au séminaire d'Albi, à charge de célébration de messes, et de placement des sommes données « en l'achat de biens fonds assurés pour garantir ce service ».

Le séminaire a acquis en 1818, probablement avec ces sommes, un domaine dit « Domaine du Roc ». L'exécution de la charge imposée par M. de Roquier-Varenne n'étant plus aujourd'hui possible depuis la loi de séparation, les

(1) Trib. civ. Albi, 10 mai 1911, *Gaz. Trib.*, 1911, 2e sem., 2.367. — Voir note Demogue, dans *Revue trim. droit civil*, 1912, p. 183. Nous rangeons cette espèce sous la rubrique « Libéralité avec charges », quoique pour certains auteurs, le contrat « de fondations de messes » soit un véritable contrat à titre onéreux. V. Planiol, t. III, n° 3331, en note.

héritiers intentaient l'action en révocation de la donation (art. 9, loi du 9 décembre 1905) et prétendaient que l'immeuble devait leur être restitué à la place de la somme donnée En théorie, ils avaient parfaitement raison, le nouvel immeuble affecté comme la somme donnée au service des messes, devait être considéré comme subrogé à cette somme. Comme elle, il devait donc faire l'objet de l'action en révocation de la donation. Mais, dans l'espèce, une question de preuve délicate se posait. Les héritiers, pour triompher dans leur action, devaient établir que le domaine du Roc avait bien été acquis avec les sommes données. Or, aucune mention de ce genre n'ayant été faite dans l'acte d'acquisition, ils se trouvaient dans l'impossibilité de rapporter cette preuve.

De plus, depuis 1818, le domaine du Roc avait subi de nombreuses transformations par suite de nouvelles acquisitions : ventes ou échanges. Et, en conséquence, il devenait presque impossible de suivre à travers toutes ces transformations, l'emploi des sommes d'argent originairement données. La subrogation, admissible en droit, était donc impossible à établir en fait, et c'est pourquoi le tribunal d'Albi a eu raison de l'écarter.

Mais, sous peine de paraître complètement ignorant de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, il aurait bien mieux fait de ne pas invoquer en sa faveur le système d'Aubry et Rau et la théorie de la subrogation-fiction admissible dans les seuls cas où la loi l'a consacrée.

§ 2. — Legs d'un bien à charge de le convertir en argent et d'affecter la somme ainsi obtenue à un usage déterminé.

C'est l'hypothèse inverse de la précédente, qui pratiquement s'est posée dans les conditions suivantes : Une certaine

personne avait légué à une demoiselle Viennot un ensemble de biens, à charge par elle de disposer de ces biens et d'en verser le prix, avant sa mort, aux hospices de Dijon (1). Ces immeubles étant grevés de charges hypothécaires avaient été vendus, et l'excédent du prix seul, une fois les créanciers payés, se trouvait être déposé à la Caisse des dépôts et consignations.

Les hospices réclamaient, dans ces conditions, le montant intégral de leur legs, non seulement à la succession Viennot, dans l'espèce insolvable, mais encore aux héritiers naturels qui venaient pour le surplus à la succession (par suite de l'annulation d'autres dispositions de la testatrice considérées comme entachées de substitution).

La Cour de Dijon, dans son arrêt du 24 mars 1893, a donné raison aux hospices en leur permettant de réclamer le surplus de leur legs à la succession représentée par les consorts C... (2).

(1) Dijon, 24 mars 1893, affaire Chanut contre hospices de Dijon, dans *Revue Bourguignonne*, année 1893. Cet arrêt qui soulève de très nombreuses difficultés a été étudié d'une façon remarquable par Saleilles. Nous ne nous occuperons ici de cet arrêt qu'au seul point de vue de la subrogation, et nous négligerons volontairement toutes les autres questions qu'il soulève.

(2) Motifs de l'arrêt :

« Attendu que l'arrêt dont il s'agit, en faisant rentrer les consorts C... dans l'hérédité, a eu pour effet de les astreindre au paiement du passif ; que les héritiers sont tenus concurremment avec la légataire universelle au paiement des dettes et charges de la succession... ;

« Attendu que les propriétés spécialement affectées par le testateur au paiement du legs particulier ne rentraient pas plutôt dans la part de C. Viennot que dans celle des consorts C... ; qu'on ne saurait donc prétendre que les consorts C... ne sont pas tenus de la délivrance du legs aussi bien que la légataire universelle ; attendu qu'ils cherchent vainement à se soustraire à cette obligation en soutenant que le legs dont il s'agit portant sur un corps certain, les légataires particuliers

Cet arrêt peut se justifier en partant de l'idée d'affectation et de celle de subrogation réelle qui en est la conséquence.

J. Chanut ayant légué à C. Viennot un ensemble d'immeubles à charge d'en servir le prix aux hospices de Dijon, on doit considérer ces immeubles, propriété de la demoiselle Viennot, comme *affectés au paiement exclusif du legs*. Ces immeubles sont par eux-mêmes aliénables, mais leur valeur est indisponible entre les mains de C. Viennot ; ils constituent une sorte de petit patrimoine à part, affecté exclusivement au paiement du legs de l'hospice.

En conséquence : 1° Les créanciers de la demoiselle Viennot n'ont aucun droit sur ces biens, la demoiselle Viennot ne pouvant en disposer que dans l'intérêt des hospices.

2° Bien plus, si on ne peut, au point de vue du droit de poursuite, empêcher les créanciers de la succession de poursuivre ces immeubles hypothéqués comme garantie des obligations de leur débiteur, au point de vue de la contribution, ce patrimoine ne doit pas supporter les dettes de la succession qui doivent se répartir entre la légataire uni-

ne pouvaient en demander la délivrance qu'à C. Viennot, laquelle était, au moment où cette demande a été formée, seule saisie de l'universalité de la succession ;

« Attendu que le legs particulier institué par J. Chanut, consiste dans le prix des immeubles par lui spécialement affectés au paiement du legs ;

« Attendu que les immeubles affectés au paiement faisaient en quelque sorte, dans la pensée du testateur, l'objet même du legs et qu'il n'en a prescrit la réalisation que pour faciliter l'exécution de sa disposition ; que dans ces conditions le prix représentant la valeur des immeubles revêt le caractère d'une chose individualisée ; que les légataires particuliers ont donc un droit exclusif sur ce prix du jour de la vente des immeubles, et qu'à tous égards ils sont bien fondés à en exiger le paiement intégral aussi bien des consorts C... que de C. Viennot. »

verselle et les autres héritiers ; les hospices ont donc un recours contre les héritiers puisqu'ils ont payé pour autrui (action *de in rem verso*).

Dans ce système, on considère que le prix qui succède aux immeubles est comme eux grevé de la même affectation exclusive aux hospices, et que par suite, quel que soit le résultat de la liquidation de la succession, ce prix doit leur être intégralement versé. C'est donc encore par l'idée d'une subrogation (1) du prix à la chose que l'on arrive à justifier l'arrêt en question.

§ 3. — Donation ou legs d'un bien à charge de l'affecter à un usage déterminé, et d'en conserver la valeur indisponible.

Une personne lègue ou donne un bien à une autre à condition pour elle de le faire servir à l'exécution d'une charge stipulée dans l'intérêt d'un tiers.

Pour préciser, nous supposerons que Primus a légué ou donné un capital à Secundus, mais à charge pour ce dernier de servir une rente viagère à un tiers Tertius. De plus, pour assurer l'exécution de cette disposition, Primus a frappé ce bien d'inaliénabilité : une telle clause est valable d'après la jurisprudence moderne (2).

Mais quelle va être exactement la situation des biens ainsi affectés au paiement de la rente ? D'après la théorie

(1) C'est ce qu'indique Saleilles. L'arrêt n'emploie pas formellement l'expression de subrogation. Mais il parle « d'affectation exclusive des immeubles au paiement des legs ». Et un arrêt presque contemporain de celui-ci (30 juin 1893, S. 94.2.185) nous montre que les magistrats de la Cour de Dijon ont aperçu le lien qui existe entre les théories de l'affectation et de la subrogation.

(2) Cass., 12 juillet 1865, D. 65.1.475, S. 65.1.342.

que nous avons déjà exposée, il nous faut distinguer selon que l'affectation grèvera les biens eux-mêmes ou leur valeur.

Il n'y aura d'inaliénabilité véritable qu'au premier cas ; au second on sera en présence d'une simple clause de remploi obligatoire. Or, le plus souvent, cette dernière clause sera très largement suffisante, puisqu'elle permettra presque toujours, en maintenant le capital donné à un chiffre fixe, de protéger très suffisamment les intérêts du bénéficiaire de la rente. Dans le cas d'une clause de cette nature, tout bien acquis en remploi ou en échange du bien donné lui sera subrogé, c'est-à-dire comme lui affecté au service de la rente.

Ce n'est donc qu'exceptionnellement que nous admettrions l'inaliénabilité complète d'un bien grevé d'une charge de ce genre ou d'un genre analogue. Lorsqu'une personne par exemple lègue l'usufruit d'un bien aux parents et la nue propriété aux enfants, et lorsque cette personne déclare ces droits indisponibles afin d'éviter des contestations entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, il est bien évident que dans ce cas ce résultat ne peut être obtenu qu'en prohibant toute aliénation (1).

Il existe donc très certainement des cas où l'indisponibilité complète s'impose. Mais dans notre système cette indisponibilité complète, au lieu d'être la règle générale, n'est guère que l'exception.

(1) Voir cette espèce dans D. 68.1.309 ; Cass., 9 mars 1868.

SECTION II. — Substitutions.

On appelle « substitution fidéicommissaire » toute disposition par laquelle l'auteur d'une libéralité charge la personne gratifiée de conserver toute sa vie les biens qu'il lui donne, pour les transmettre en mourant à une deuxième personne désignée par le disposant.

L'article 896 du Code civil prohibe les substitutions. Cependant, les substitutions sont permises dans certains cas. La loi accorde le droit de faire une substitution à deux catégories de personnes : 1° aux père et mère du grevé (art. 1048) ; 2° à ses frères et sœurs quand ils n'ont pas d'enfants (art. 1049). La législation du premier Empire avait également apporté un autre tempérament à ce principe en autorisant les majorats ; ils ont aujourd'hui presque complètement disparu depuis les lois de 1835 et de 1849, et depuis la loi du 22 avril 1905 (art. 29-35) qui a consommé, par voie de rachat, l'extinction des majorats de propre mouvement. Nous dirons donc fort peu de chose de ces institutions prohibées ou en voie de disparition, mais nous nous attacherons plus spécialement à l'étude des moyens que la pratique a inventés pour y suppléer, en particulier à la théorie du « fidéicommis *de residuo* ».

§ 1. — Des majorats et substitutions permises.

Les biens substitués sont des biens affectés entre les mains du grevé aux besoins des générations futures représentées par les appelés. La conséquence de cette affectation

est d'entraîner leur inaliénabilité complète quoique conditionnelle (1).

Ces biens substitués étant complètement inaliénables, il semble qu'ils ne laissent aucune place à l'application de la théorie de la subrogation. En fait, pourtant, cette théorie va intervenir dans certains cas.

Tout d'abord l'aliénation des biens substitués peut être forcée ; les biens substitués peuvent avoir fait l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique. Ils peuvent avoir été détruits et remplacés dans le patrimoine du grevé, par une indemnité correspondante.

La vente de biens substitués sera également définitive et opposable à l'appelé, lorsque la transcription de l'acte d'aliénation sera intervenue avant la transcription de la substitution.

Lorsque les biens substitués sont des meubles, la loi oblige le grevé à les vendre et à en faire emploi (art. 1062 et 1064).

Naturellement les biens ainsi obtenus en emploi, en remploi ou en échange de biens substitués seront grevés comme eux de la même affectation, c'est-à-dire leur seront subrogés. Comme les biens qu'ils remplacent, ils seront entièrement soumis au régime des biens substitués.

Quant aux biens qui forment les majorats, ils étaient en principe inaliénables ; pourtant le chef de l'Etat pouvait autoriser leur aliénation à charge de remploi en d'autres biens de même valeur (décr. 1er mars 1808, art. 54 et suiv.) (2). Les nouveaux biens étaient naturellement comme les anciens soumis au régime des majorats. C'est ce qui résulte,

(1) L'inaliénabilité n'a lieu que si, au décès du grevé, l'appelé est dans les conditions voulues pour recueillir la succession. Cette inaliénabilité est donc conditionnelle. — V. Planiol, t. III, n° 3320.

(2) Voir *Répertoire* Dalloz, V° *Majorat*, n° 30 et suiv.

implicitement du moins, d'un arrêt du 3 février 1841 (1) qui a décidé que le domaine de Chambord avait pu valablement être aliéné par la princesse de Wagram au nom de son fils mineur à charge d'un remploi en rentes sur l'Etat immobilisées et soumises aux clauses de l'institution du majorat.

Généralement, le chef de l'Etat prescrivait aussi certaines mesures de publicité destinées à sauvegarder les droits des tiers (2).

§ 2. — Fidéicommis « de residuo ».

Malgré leurs inconvénients et leurs dangers, les substitutions présentent une utilité pratique incontestable, et c'est pourquoi, en présence de la prohibition du Code, les praticiens se sont ingéniés à obtenir des résultats analogues par des moyens licites. La jurisprudence les a du reste considérablement aidés, en admettant successivement la validité du legs *de residuo*, du legs conditionnel alternatif, qui pratiquement équivaut à une véritable substitution, en allant même jusqu'à décider, dans ses fameux arrêts de 1873 (3), que toute substitution doit s'interpréter dans ce sens.

Contentons-nous d'examiner ici le fidéicommis *de resi-*

(1) C. cass., 3 février 1841, S. 41.1.209, — et au Dalloz, *Répertoire*, en note 2 sous le n° 30 (Majorat).

(2) Voir par exemple conditions de publicité imposées par l'ordonnance du 3 mars 1834 (vente publique, et indication de la mutation dans le brevet constatant le majorat, art. 2 et 4). — Voir cette ordonnance en note dans Dalloz, *loc. cit.*, note 1, n° 30.

(3) Cass., 19 mars et 18 juin 1873, D. 73.1.55 et 1.283. Depuis, la jurisprudence de la Cour de cassation est revenue un peu en arrière. — Voir sur cette question : Lambert, *De l'exhérédation*, n^{os} 771 à 882, et Planiol, t. III, n^{os} 3290 et suiv., qui ne fait que résumer l'étude de Lambert.

duo. C'est une disposition par laquelle le testateur ne grève pas la personne qu'il gratifie en première ligne d'une véritable substitution frappant ses biens d'inaliénabilité ; il la prie simplement de restituer aux appelés ce qui restera des biens légués au jour où elle viendra à son tour à décéder.

Mais quel va être l'effet exact d'un pareil legs ?

Aucune difficulté si les biens se retrouvent en nature, ou s'ils ont été aliénés sans emploi utile ; mais que décider pour le cas où les biens ont été échangés ou aliénés contre un remploi. Fort de la tradition romaine (1), on peut répondre que les nouveaux biens devront, comme les anciens, être restitués au fidéicommissaire. Et la raison en est que nous nous trouvons dans ce cas en présence d'une réclamation d'universalité par voie d'action réelle générale, et que, dans ces conditions, la subrogation réelle intervient toujours (voir notre titre III) sans qu'il soit besoin d'une convention expresse à ce sujet.

Mais cette subrogation, légale si l'on veut, n'est pas comme la subrogation conventionnelle, obligatoire, c'est-à-dire qu'elle n'a lieu que lorsque le remplacement a été opéré en fait par le fiduciaire sans que personne ne puisse l'y contraindre. N'y aurait il pas un moyen plus efficace d'assurer au fidéicommissaire la restitution de la valeur des biens originairement donnés ? Ce résultat pourrait être obtenu bien simplement en stipulant une clause d'affectation ou de subrogation. En vertu de cette clause, les biens légués ne pourraient plus être aliénés que contre échange ou contre remploi. Malheureusement une pareille clause se heurterait vraisemblablement à la prohibition de l'article 896. Sans

(1) Digeste, XXXI, *De legatis*, 70, § 3, 71 et 72, textes cités et analysés plus haut.

doute, en théorie, cette disposition ne se confondrait pas purement et simplement avec la substitution prohibée de l'article 896, puisque la substitution impose au grevé l'obligation de conserver et de rendre *en nature* les biens légués et que cette clause aurait simplement pour but de le contraindre à restituer *une valeur de biens* égale à celle des biens primitifs. Mais, en pratique, il serait bien difficile de faire le partage entre ces deux institutions, et la jurisprudence, malgré ses tendances libérales, serait obligée d'annuler notre clause (1).

Seulement, si notre clause n'est pas admissible dans l'état actuel du droit français, en législation elle serait de nature à rendre d'utiles services ; elle lèverait, en effet, le dernier obstacle que l'on dresse d'ordinaire contre la validité des substitutions, et qui est l'inaliénabilité complète des biens substitués. Dans notre système cet inconvénient n'existerait plus, ou du moins existerait à un degré beaucoup moindre, les biens substitués n'étant indisponibles que dans leur valeur. Et ce qui achève de nous convaincre que ce système pourrait être celui de l'avenir, c'est qu'il a déjà dans une certaine mesure reçu l'adhésion du Code civil allemand (§ 2111 et 2112) (2).

(1) La jurisprudence a annulé un fidéicommis de ce genre dans lequel le grevé ne pouvait aliéner qu'en cas d'extrême nécessité. Cass., 24 avril 1860, S. 60.1.514, D. 60.1.224. — Par voie d'analogie il est probable que, le cas échéant, elle annulerait aussi notre clause.

(2) Voir plus haut notre étude du droit allemand, titre I, chap. III, § 1.

SECTION III. — Fondations et biens affectés par des personnes morales publiques à des personnes privées.

« De plus en plus les idées de subrogation réelle et de fondation se lient l'une à l'autre. » Ces deux institutions suivent une marche parallèle et progressive (1).

La conception du legs avec charge s'est singulièrement élargie. La jurisprudence admet aujourd'hui la validité de la *fondation indirecte,* c'est-à-dire de celle qui se réalise par l'intermédiaire d'un tiers, que ce tiers soit un simple particulier institué sous la charge de réaliser la fondation ou une personne morale de droit public ou privé. Elle tend même à reconnaître la validité de la *fondation directe,* c'est-à-dire de celle qui est constituée par le seul fait de l'affectation à un but déterminé d'un patrimoine légué par le testateur sans que ce patrimoine repose sur la tête d'un tiers. Cette tendance s'affirme principalement dans deux arrêts récents : ce fut d'abord la célèbre affaire de l'Académie littéraire d'Edmond de Goncourt ; ce dernier ayant laissé sa fortune à deux de ses amis, à charge de fonder une société littéraire, cette fondation fut finalement reconnue valable par la Cour de Paris le 1er mars 1900 (2). Ce fut surtout l'arrêt encore plus remarquable rendu par la Cour suprême le 12 mai 1902 (3) sur conclusions de M. le procureur général Baudouin. Un certain M. Graule avait institué en mourant trois

(1) Voir, sur la question de la subrogation réelle dans les fondations, Saleilles, notes déjà citées, et Perreau, *Revue critique*, 1904, t. XXXIII, p. 80-84, et p. 76-80.

(2) Paris, 1er mars 1900, S. 1905.2.78.

(3) Cass., 12 mai 1902, D. 1902.1.425, S. 1905.1.137.

légataires à titre universel, à charge pour eux de fonder une société civile qui dirigerait et administrerait un hospice qu'il voulait fonder à Finestret. La jurisprudence, en admettant la validité de ce legs, a fait un pas de plus vers l'idée de fondation directe. Car en somme les légataires étant tenus de créer une société civile de longue durée, constituent par là même un patrimoine social distinct du leur. Ce patrimoine tend donc à se présenter comme le patrimoine de la société, et même comme le patrimoine de la fondation dont les associés ne sont plus en quelque sorte que les gérants. Mais à mesure que la théorie des fondations s'étend, l'idée de subrogation réelle gagne aussi du terrain, puisque la subrogation est le moyen nécessaire pour compléter l'ensemble du système.

§ 1. — Condition juridique des biens affectés à une fondation.

Quelle va être en effet la condition juridique des biens affectés à une fondation? Il est bien évident que ces biens ne doivent pas être entièrement disponibles entre les mains des légataires, puisque l'aliénation sans contrôle des biens affectés aurait le plus souvent pour effet de compromettre d'une façon définitive le fonctionnement de la fondation. D'autre part, admettre l'inaliénabilité complète des biens donnés est également une solution pratiquement inacceptable. Et c'est pourquoi nous avons adopté déjà un système mixte dans lequel les biens affectés ne sont indisponibles que dans leur valeur. Le grevé de fondation peut donc disposer de ces biens, mais à charge d'échange ou de remploi, et les nouveaux biens étant, comme les anciens, affectés au même usage, leur sont subrogés. C'est ainsi que la subro-

gation réelle apparaît comme un renforcement et un complément de l'organisation des fondations. Nous rappellerons simplement que cette subrogation n'a lieu, d'après la jurisprudence, dans les fondations qu'à condition que certaines mesures de publicité aient été remplies.

Ajoutons enfin, en terminant, que la subrogation n'interviendra pas dans les fondations chaque fois que les biens affectés seront complètement inaliénables. Mais cette inaliénabilité ne devra être admise que lorsqu'elle sera absolument nécessaire pour donner son effet aux dispositions voulues par le défunt (1).

§ 2. — Arrêts et jurisprudence.

La jurisprudence n'a pas eu à s'occuper de toutes les difficultés que peut soulever l'admission de la subrogation dans la matière des fondations. Elle n'a eu à trancher qu'une question secondaire qui est la suivante : Lorsqu'un bien a été donné à une commune à charge de l'affecter à

(1) Nous avons entre les mains une fondation faite par Mme X... à la commune de Longwy-Bas, dans laquelle la donatrice décide que, pour assurer le respect de la fondation par elle créée, les biens donnés seront complètement indisponibles. Or, parmi ces biens, il en est aujourd'hui qui sont totalement improductifs, et qui pourtant pourraient être vendus à un prix très élevé aux industries métallurgiques voisines. La clause d'inaliénabilité imprudemment apposée par la testatrice rend donc presqu'impossible le fonctionnement de l'œuvre qui, sans cette clause, aurait pu au contraire profiter de la plus-value considérable des terrains de cette région et augmenter par là même ses ressources (Voir le texte de cette fondation à la fin de notre travail, art. 8, 10, 11).

Cet exemple nous montre bien le danger des clauses d'inaliénabilité et l'avantage considérable que présentent sur elles les simples clauses de remploi obligatoire ou de subrogation.

l'entretien d'une école congréganiste, et que l'exécution de cette libéralité devient par la suite impossible par application de la loi du 30 octobre 1886, les héritiers qui intentent l'action en révocation de la donation peuvent-ils réclamer les biens acquis en emploi ou en remploi des biens originairement donnés ? L'affaire s'est posée pour la première fois devant le tribunal de Saint-Pons (1). Des personnes, voulant fonder dans la commune de Saint-Pons une école congréganiste, donnent à la commune qui accepte une rente sur particulier et des créances. Au moment où l'école se trouve laïcisée par application de l'article 17 de la loi du 30 octobre 1886, il se trouve que la rente et les créances affectées par les donateurs à l'établissement congréganiste ont été remboursées à la commune qui en a employé le capital en une rente sur l'Etat, laquelle rente a atteint en fait une valeur supérieure à son prix d'achat. La commune doit-elle restituer le prix d'acquisition ou la rente elle-même ? Le tribunal de Saint-Pons, insuffisamment renseigné, n'a pas admis la subrogation, et n'a obligé la commune qu'à restituer le prix de l'acquisition.

La subrogation a au contraire été admise dans une espèce analogue par un arrêt de la Cour de Dijon du 30 juin 1893 (2). Un testateur a légué à la commune de Vicq « tous les biens immeubles situés dans le finage de Vicq qui lui appartiendront au jour de son décès », pour « fonder à perpétuité dans la paroisse de Vicq un établissement d'instruction pour les jeunes filles, qui sera composé de deux sœurs institutrices qui seront demandées et prises ou dans la congréga-

(1) Trib. St-Pons, 8 mars 1893, *Monit. jud. Midi*, 1893, p. 91, cité par Stora, thèse, p. 472.

(2) Dijon, 30 juin 1893, S. 94.2.185 (note Saleilles).

tion de Saint-Vincent-de-Paul, ou dans celle de Saint-Charles si cela se peut ; et si cela ne se peut, on prendra d'une autre congrégation, approuvée par le gouvernement, dont le but sera d'instruire et d'élever dans les principes de la religion catholique, apostolique et romaine, et dans les bonnes mœurs, les jeunes filles de ladite commune de Vicq ». Le testament ajoute que les biens légués sont « destinés à fournir au logement et à l'entretien desdites institutrices, sans que ces dits biens immeubles puissent être convertis à d'autres usages ».

Ce legs est exécuté. L'école congréganiste est fondée, mais cette école se trouvant dans la suite laïcisée, la volonté du testateur n'est plus respectée, et ses ayants cause demandent la restitution des immeubles légués. Or la commune a, par décision préfectorale, été autorisée à aliéner quelques-uns de ces immeubles dont les revenus étaient devenus insuffisants « à charge d'en remployer le prix à l'achat de rentes sur l'Etat avec affectation spéciale à l'entretien de l'établissement des sœurs institutrices ». La commune doit-elle restituer aux ayants droit du testateur le prix d'aliénation des immeubles légués ou les titres de rente acquis en remploi ? Ici encore, les rentes avaient augmenté de valeur et la commune entendait ne restituer que le prix.

Mais la Cour de Dijon rejette cette prétention et oblige la commune à restituer les titres de rente ainsi acquis, et cela parce qu'elle considère ces biens comme subrogés aux biens originairement donnés.

Cette théorie de la Cour de Dijon a été confirmée d'une façon décisive par un arrêt de la Cour de cassation du 29 avril 1901 (1). Un sieur Montheil de Ladignac a fait do-

(1) Cass., 29 avril 1901 (arrêt déjà souvent cité), D. 1902.1.33, note

nation en 1843, à la commune de Mur-de-Barrez, d'un immeuble dit de Lapparo, à charge d'entretenir à perpétuité une école des frères de la doctrine chrétienne.

En 1863, il fut convenu entre la commune et l'Institut des Frères qu'un autre immeuble, appelé enclos de Maudilhac, serait acheté par la commune et remplacerait par suite celui de Lapparo pour l'exécution de la donation. Ici encore, la révocation de la donation intervint, et la Cour de cassation obligea la commune à restituer aux héritiers l'immeuble de Maudilhac considéré comme subrogé réellement à celui de Lapparo.

Il n'y a pas lieu de revenir ici sur la discussion juridique de ces arrêts, ni sur les mesures de publicité et les garanties qu'ils ont exigées dans l'intérêt des tiers. Toutes ces questions ayant été déjà indiquées, il suffisait de préciser à cette place les termes précis des espèces que les arrêts avaient eu à résoudre.

§ 3. — Affectations faites par des personnes morales publiques au profit de personnes privées.

a) La pratique nous offre des exemples de clauses de ce genre. Il arrive qu'une ville ou qu'une commune concède à un établissement charitable ou d'enseignement, un immeuble qu'elle grève ainsi à perpétuité d'une affectation à l'établissement en question.

Avec la jurisprudence, il faut bien séparer ces affectations, faites par un contrat de droit civil, des simples affectations administratives. Alors, en effet, que ces dernières sont toujours essentiellement révocables, les affectations de

Planiol, S. 1903.1.321, note Saleilles. — Voir sur l'analyse juridique de ces arrêts surtout notre chapitre de *l'affectation contractuelle*.

la première catégorie, ayant le caractère d'un engagement contractuel, lient les parties en cause. Le promettant n'est donc pas admis par la suite à reprendre, contre la volonté des bénéficiaires, la disposition de l'immeuble affecté, car il manquerait ainsi au respect de la foi due à son contrat.

La question se posait en pratique à propos d'un immeuble de la rue Oudinot (1) concédé en 1847 par la ville de Paris à l'Institut des frères des écoles chrétiennes. La ville pouvait-elle reprendre, comme elle le prétendait, cet immeuble ? Non, répondait la Cour de cassation en juin 1901 (D. 1902.1.105) car, vous êtes tenue par un véritable contrat de droit civil, et vous ne pouvez pas vous soustraire à l'exécution de cet engagement. Et si la Cour de Rouen, et ensuite la Chambre des requêtes (5 décembre 1906) ont pu décider le contraire, c'est que, dans l'intervalle, était intervenue la loi du 7 juillet 1904, qui en supprimant en France l'enseignement congréganiste, avait rendu impossible l'exécution de l'engagement en question.

b) Mais, d'une façon plus générale, il peut être intéressant, au point de vue qui nous occupe, de rechercher si ces clauses d'affectation peuvent être considérées comme licites dans l'état actuel du droit ?

M. Planiol commence par mettre en doute la régularité de ces clauses qui entraînent une indisponibilité perpétuelle des biens affectés et qui ne rentrent dans aucun des cadres des contrats connus jusqu'alors. Finalement, il se décide pourtant pour leur validité, en faisant observer que ces clauses d'affectation sont très voisines des fondations et que, comme elles, elles doivent être considérées comme licites.

(1) D. 1907.1. 249, avec note Planiol. — Voir aussi Planiol, *Manuel*, t. I, p. 572, en note.

C'est également pour cette dernière raison que nous en admettrons la validité. Dans la fondation, la clause d'affectation se présente le plus souvent comme une clause accessoire d'un contrat principal de donation ; ici, cette clause d'affectation fait l'objet principal de la convention. Mais, est-ce une raison suffisante pour ne pas en admettre la validité ? Assurément non. Et j'avoue ne pas être touché par l'argument fondamental de M. Planiol ; encore que cette convention d'affectation ne rentrerait pas dans le cadre des contrats habituels, cela ne suffirait pas pour la proscrire ; car, en définitive, les parties sont toujours libres de créer des contrats nouveaux qui ne rentrent pas dans les vieux moules. Et la clause d'affectation, qui n'est ni un louage, ni un usufruit, nous paraît être justement un contrat neuf, qui dans un certain avenir serait susceptible d'un certain développement.

Mais, sans vouloir faire inutilement le prophète, revenons au présent et déterminons les effets de notre clause. Ces effets seront exactement les mêmes que ceux des fondations. Par suite, les biens ainsi affectés ne seront indisponibles qu'en valeur ; le promettant aura donc en principe le droit de reprendre la disposition de l'immeuble affecté, à charge simplement d'en fournir un autre d'une valeur au moins égale. Et ici encore on pourra parler de subrogation réelle en ce qui concerne le bien nouveau qui aura pris la place de l'ancien.

Ainsi comprises, ces clauses ne sont plus des clauses d'inaliénabilité perpétuelle, et nous n'avons donc plus aucun motif sérieux de douter de leur parfaite régularité.

SECTION IV. — Biens appartenant à des mineurs.

§ 1. — Cas où des biens donnés ou légués à un mineur ont été frappés d'indisponibilité dans l'intérêt de ce dernier.

Un testateur ou un donateur a déclaré qu'un bien ne pourrait être aliéné tant que le bénéficiaire n'aurait pas atteint un âge déterminé (1), par exemple, tant qu'il ne serait pas majeur. Dans notre système, nous considérons en principe cette clause comme n'étant qu'une simple cause d'indisponibilité en valeur, et comme laissant au représentant légal du mineur le droit d'aliéner à charge de remploi (2). La bonne exécution du remploi serait assurée par l'intervention du conseil de famille ou du tribunal ; nous faisons ainsi une très large place à la subrogation réelle, tous les biens acquis en remploi ou en échange étant, comme ceux qu'ils remplacent, affectés aux besoins futurs du mineur, seront comme eux indisponibles dans les mêmes conditions.

Mais, même en admettant, ce qui aura parfois lieu en fait, l'inaliénabilité complète des biens ainsi légués, la subrogation sera encore possible dans certains cas.

Supposons que des nécessités économiques ou juridiques : un remboursement de créance arrivée à terme, une expropriation pour cause d'utilité publique, obligent à alié-

(1) Clause fréquente en pratique. V. Planiol et arrêts cités, t. X, n° 2345, S. 1901.1 240, Legs à charge de conserver le bien jusqu'à la majorité d'un des légataires ; D. 78 1.62, Legs à charge de conserver les biens donnés jusqu'à l'âge de 25 ou de 30 ans.

(2) Naturellement avec les autorisations nécessaires (conseil de famille ou tribunal).

ner les immeubles donnés. Les biens acquis en remploi devront certainement être considérés comme subrogés réellement aux premiers, et par suite seront comme eux inaliénables ou insaisissables.

§ 2. — Condition juridique des biens du mineur en dehors de la clause précédente.

Dans les conditions du paragraphe précédent, les biens appartenant au mineur sont indisponibles parce qu'affectés surtout aux besoins futurs de l'enfant, besoins qui seront plus sérieux lorsque ce dernier aura atteint l'âge adulte et sera en état de disposer utilement de sa fortune pour se créer une position déterminée.

Mais c'est également d'une idée de ce genre, dont s'inspire, même dans le silence du donateur ou du testateur, la loi française, lorsqu'elle réglemente l'aliénation des biens appartenant à des mineurs. Elle considère que les aliénations faites pendant la minorité, alors que l'enfant n'a encore que peu de besoins, ne peuvent être le plus souvent que dangereuses parce qu'elles profitent pour ainsi dire exclusivement au représentant légal de l'enfant. Il convient donc de conserver intacte la fortune du mineur jusqu'à sa majorité, jusqu'au moment où il sera lui-même en état d'en disposer afin de s'établir et de se créer sa situation. Puisque les biens des mineurs sont ainsi principalement affectés aux besoins futurs de l'enfant, la loi n'autorise leur aliénation présente qu'en cas de nécessité, et en la soumettant du reste à l'exigence de formalités nombreuses. Le tuteur ne peut aliéner les biens de son pupille qu'avec l'autorisation du conseil de famille, autorisation qui doit être homologuée dans certains cas par le tribunal (1).

(1) Homologation nécessaire pour les ventes d'immeubles ou de meubles d'une valeur supérieure à 1,500 francs.

Le conseil de famille peut du reste soumettre l'aliénation aux conditions qu'il veut, en particulier à l'exigence d'un remploi (1). Et même lorsque le remploi n'est pas obligatoire, le tuteur, croyons-nous, doit pourtant faire emploi du prix de l'aliénation conformément à l'article 6 de la loi de 1880, lorsque ce prix n'est pas destiné à subvenir à une dépense immédiate dans l'intérêt du mineur (2).

Par application de ce même article 6, et par application de l'article 455 du Code civil, le tuteur est tenu de faire emploi, dans une certaine mesure, des capitaux échus au mineur, et des économies faites sur les revenus.

On peut donc poser en principe général que le tuteur est tenu de faire emploi de toute valeur relativement importante (3) appartenant au mineur lorsque cette valeur ne doit pas être immédiatement dépensée dans l'intérêt de l'enfant.

Depuis la loi du 8 avril 1910, le respect de ce principe s'impose, avec quelques atténuations il est vrai, au père administrateur légal des biens de ses enfants.

Le père ne peut aliéner les immeubles ou les meubles de son enfant, ces derniers d'une valeur supérieure à 1.500 fr., sans l'intervention du tribunal. Le tribunal, comme le conseil de famille, en matière de tutelle, doit pouvoir, du reste, n'accorder son autorisation qu'à charge d'un remploi, par le père, du prix d'aliénation de l'immeuble vendu. Le père doit faire également emploi des capitaux appartenant

(1) *Sic* : Planiol, *Manuel*, t. I, n° 1919, arg. art. 457 dernier alinéa.

(2) Et que ce prix excède la somme fixée par le conseil de famille au-dessus de laquelle le tuteur est tenu de faire emploi.

(3) Exception est faite pour les *petites sommes* dont le conseil de famille est libre de ne pas prescrire le remploi immédiat.

à son enfant lorsqu'ils s'élèvent à plus de 1.500 francs (art. 7 de la loi).

Le représentant légal du mineur, père ou tuteur, est donc le plus souvent tenu de faire emploi ou remploi des valeurs appartenant au mineur (1). Mais dans quelles conditions va se faire cet emploi, ou ce remploi ?

Aucune difficulté si le représentant de l'enfant a déclaré, dans l'acte d'acquisition du bien nouveau, son intention d'acquérir pour le compte du mineur, s'il a observé les prescriptions de l'article 1434 du Code civil, ou toute disposition analogue.

Mais que devrait-on décider dans le cas où le représentant de l'enfant, tenu de faire remploi d'un bien aliéné appartenant à ce dernier, aurait acheté un bien nouveau sans déclarer s'il entendait l'acquérir pour son propre compte ou pour le compte du mineur ?

Doit-on considérer le nouveau bien comme subrogé à l'ancien, c'est-à-dire comme étant la propriété du mineur et non celle de son représentant légal. L'intérêt de la question est évident : si l'on admet la subrogation, le mineur réclamera le bien à son tuteur comme propriétaire. Si on la rejette, il en sera réduit à une simple action personnelle en restitution du prix. L'intérêt du problème serait du reste encore augmenté dans l'hypothèse d'une plus-value du bien litigieux.

Le Code civil français n'a pas tranché cette difficulté, mais, en nous inspirant de ses idées protectrices de la for-

(1) Le remploi n'est du reste obligatoire que pour le représentant légal de l'enfant, il ne l est pas pour les tiers qui ne sont en aucun cas garants du defaut du remploi. *Sic*, art. 6, loi de 1880, généralisé. — V. Planiol, t. II, n° 1919, art. 389, loi de 1910, al. 7.

tune du mineur, en nous inspirant aussi de la législation allemande (§ 1646), nous croyons pouvoir admettre la subrogation ; en conséquence, nous considérons que tout bien ainsi acquis par le représentant légal de l'enfant, sans déclaration expresse de sa part, doit être considéré comme la propriété du mineur (1).

Nous apporterons à notre système une seule restriction : lorsque les droits des tiers seront en jeu, cette subrogation ne sera opposable à ces derniers, qu'à la condition que cette subrogation ait été portée à leur connaissance par des déclarations analogues à celles de l'article 1434.

Ces principes posés, il nous est possible maintenant de pénétrer dans la vie judiciaire, en indiquant une espèce réellement vécue (2).

Il y a indivision entre la mère tutrice, Mme Vve Bourdon, et ses enfants, de valeurs dépendant à la fois de la succession et de la communauté du père et du mari. La mère aliène des valeurs successorales indivises entre elle et ses enfants, et avec l'argent provenant de cette aliénation elle achète d'autres valeurs successorales (dans l'espèce 800 actions). Doit-on considérer les biens ainsi acquis comme la co-propriété des mineurs et de la mère ? ou comme la propriété exclusive de la mère ? La question se compliquait de ce fait que les actions avaient été revendues à un tiers, et que la nouvelle vente ne pouvait être considérée comme valable que si l'on n'admettait pas la subrogation, la seconde vente ayant été faite sans l'observation des formalités prescrites pour l'aliénation des biens des mineurs.

(1) Nous laissons de côté ici les difficultés relatives à l'intervention du conseil de famille dans ces placements. Nous supposerons que cette autorisation n'est pas en fait nécessaire, ou qu'elle a été donnée par avance. Sur cette question, V. Planiol, *Manuel*, t. I, n° 1900.

(2) Ch. req., 28 février 1899, D. 1905.1.28.

La Cour de cassation (Ch. des requêtes) n'a pas admis cette subrogation. Elle s'est basée, pour cela, sur une théorie depuis abandonnée par la Chambre civile, le 29 avril 1901 (D. 1902.1.33).

Adoptant le système d'Aubry et Rau, elle a posé en principe : « que la subrogation ne pouvait avoir lieu que dans les cas spécialement déterminés par la loi » ; en conséquence, elle a débouté les enfants de leur demande.

Partant de cette idée que la mère tutrice était tenue de faire emploi du prix des valeurs aliénées appartenant aux mineurs, que par suite on pouvait considérer ce prix comme affecté, pour partie du moins, aux intérêts des mineurs, nous aurions décidé que les valeurs ainsi acquises leur étaient également affectées, et que, comme de plus elles revêtaient le caractère de choses individualisées, on devait les considérer comme la co-propriété de la mère et de ses enfants.

Nous aurions donc admis la subrogation dans les rapports de la mère et de ses enfants. Mais reste la question la plus délicate : cette subrogation était-elle opposable au tiers acquéreur des valeurs ainsi acquises ? Dans l'espèce il aurait été en fait possible de répondre affirmativement, le tiers-acquéreur, personnage peu intéressant du reste, étant parfaitement au courant de l'origine des valeurs à lui aliénées (1).

Mais en supposant un tiers quelconque, de bonne foi, la nullité de la vente, conséquence de la subrogation, n'aurait pu lui être opposée que s'il avait eu connaissance de cette dernière, au moyen par exemple des formalités protectrices de l'article 1434.

(1) Ce tiers, un M. Mayen, étant en quelque sorte le chargé d'affaires de la famille.

CHAPITRE VII

DE LA SUBROGATION DANS LE BIEN DE FAMILLE.

La loi du 12 juillet 1909 a autorisé, au profit de toute famille, la création d'un bien insaisissable qui porte le nom de « bien de famille » (homestead).

A. — Le bien de famille, qui comprend la maison et les terres attenantes ou voisines, occupées et exploitées par la famille, est également un bien d'affectation. Par là même que ce bien est spécialement affecté au logement et à l'entretien immédiat de la famille, c'est-à-dire du père, de la mère et des enfants mineurs (1), la loi le déclare insaisissable.

Cette clause d'affectation résulte, en principe d'une déclaration unilatérale de volonté émanant du chef de famille seul ; il convient pourtant d'observer que, dans certains cas, un concours de volontés est nécessaire pour la constitution de ce bien de famille. Il en sera ainsi lorsque le mari voudra le constituer sur les biens personnels de la femme ; le consentement de cette dernière sera alors exigé. Le dernier alinéa de l'article 3 permet également à tout donateur d'imposer au donataire la condition de soumettre au régime du bien de famille les choses par lui données. Dans ce cas

(1) Voir pourtant art. 3, § 4, qui permet la constitution d'un bien de famille par les grands-parents au profit des petits-enfants orphelins.

encore, la constitution est soumise à l'exigence du concours des volontés du donateur et du donataire.

De plus, du jour où la constitution a été faite, l'affectation ne peut plus être écartée que du consentement de tous les intéressés. Le mari ne peut renoncer à la constitution du bien de famille, qu'avec le consentement de la femme pendant le mariage, et qu'avec le consentement du conseil de famille représentant les mineurs une fois le mariage dissous par la mort de l'autre époux (art. 11).

Cette clause d'affectation est naturellement opposable aux tiers, c'est-à-dire aux créanciers du constituant ; mais, afin de sauvegarder leurs droits, la loi prend toute une série de mesures (1).

La loi exige que la constitution soit faite ou par acte authentique (par donation, par déclaration faite devant notaire) ou par testament. L'acte de constitution doit être soumis à l'homologation du juge de paix (art. 8).

Dans ces articles 6 et 9, la loi prescrit des mesures de publicité nombreuses : affichage de l'acte de constitution, insertion dans un journal du département, transcription... Toutes ces règles ont pour but de ménager les droits des créanciers présents et futurs, en leur permettant de connaître la situation exacte de leur débiteur, et s'il y a lieu de former opposition dans les conditions prévues par l'article 7.

B. — Le bien de famille étant affecté spécialement aux besoins de cette dernière est insaisissable (art. 10) ; il ne

(1) La loi sauvegarde : 1° les droits des créanciers chirographaires en leur permettant de faire opposition à la constitution et de se faire ainsi payer le prix de la mainlevée de l'opposition.

2° Les droits des créanciers hypothécaires, en défendant de constituer un bien de famille sur un immeuble grevé d'un privilège ou d'une hypothèque conventionnelle ou judiciaire.

peut être ni hypothéqué, ni vendu à réméré ; son aliénation nécessite, comme la renonciation à sa constitution, le concours de la femme, ou du conseil de famille (art. 11).

La femme et le conseil de famille peuvent parfaitement n'autoriser cette aliénation qu'à charge de remploi. Ceci a été dit spécialement pour la femme dans les travaux préparatoires de la loi (1). La femme peut mettre à son adhésion des conditions telles que celle d'un remploi. Le projet du gouvernement (2) (art. 12, § 2) contenait un texte formel en ce sens, et si ce texte n'a pas été reproduit dans la loi, c'est qu'on a voulu, en la simplifiant, la faire voter le plus rapidement possible (3).

Il est tout naturel également d'accorder les mêmes droits au conseil de famille.

Le nouveau bien ainsi acquis, étant comme l'ancien affecté au logement de la famille, sera comme lui insaisissable. Il lui sera subrogé réellement, c'est-à-dire soumis à sa place à la condition juridique du bien de famille.

Dans ces articles 14 et 15, la loi subroge également l'indemnité d'assurance et l'indemnité d'expropriation à ce bien lui-même. Ces indemnités sont déposées à la Caisse des dépôts et consignations pour demeurer affectées à la reconstitution de ce bien (art. 14). Pendant le délai d'un an, elles sont insaisissables comme le bien lui-même... De plus, le remploi de ces indemnités en immeubles ou en rentes

(1) *Sic*, Rapports de M. Guillier, 10 novembre 1908 (annexe n° 272, *J. off.* des 12 et 15 décembre 1908, p. 12 et suiv.) et de M. Vigouroux, le 22 juin 1909 (annexe n° 2587, *J. off.* du 19 octobre 1909, p. 1254).

(2) Projet du gouvernement du 31 janvier 1905, *J. off.* des 19 et 27 avril 1904. Annexe n° 2214, p. 23 et suiv. — Voir p. 30, col. 3.

(3) *Sic* : D. 1910.4, p. 1 et suiv. Voir p. 3, col. 2.

sur l'Etat peut être ou prescrit par le juge de paix, s'il existe des enfants mineurs et si l'un des époux est prédécédé, ou exigé par la femme dans tous les autres cas.

Chaque fois qu'il y a ainsi remploi, soit du prix d'un bien aliéné, soit d'une indemnité due pour perte ou expropriation de ce bien, le nouveau bien, qui est subrogé à l'ancien, est comme lui insaisissable. Mais les conditions et effets du remploi et de la subrogation qui en résulte, soulèvent deux sortes de difficultés.

1° Doit-on exiger, pour que la subrogation soit opposable aux créanciers, que certaines mesures de publicité aient été remplies ? Il semble que l'article 13 de la loi impose, au cas de substitution d'un bien de famille à un autre, les mêmes exigences de publicité qu'au cas de constitution d'un bien nouveau (1). Logiquement, une publicité plus restreinte serait largement suffisante. Il faudrait simplement exiger dans l'acte de vente, passé par devant notaire, l'observation des formalités protectrices de l'article 1434, et la constatation que le nouveau bien est acquis à la place du bien aliéné, et pour lui tenir lieu de remploi. L'acte serait porté à la connaissance des tiers par voie d'affiches. La transcription ne serait obligatoire, conformément au droit commun, que pour les acquisitions immobilières. En tout cas, aucun acte nou-

(1) Voir en ce sens dans le projet du gouvernement précité, p. 28, col. 3, l'explication de l'article 16, qui est devenu avec quelques modifications l'article 13 de la loi.

L'article 16 ne visait que les cas de substitution volontaire d'un bien de famille à un autre ; l'article 13 de la loi reproduit cette solution. Mais que doit-on décider pour les cas de substitution forcée ? Malgré les travaux préparatoires contraires (*J. off.*, p. 28, art. 16), nous pensons que dans ce cas l'interprète retrouve sa liberté pour exiger une publicité moins complexe et analogue à celle que nous proposons.

veau ne serait nécessaire pour la constitution de cette acquisition comme bien de famille.

L'affectation du bien résulterait en effet d'une façon suffisamment évidente de la comparaison de l'acte de constitution initiale avec l'acte d'acquisition.

2° Il convient également d'observer que le remploi, dans tous les cas où il est prescrit par la loi ou exigé par les intéressés, ne s'impose jamais qu'aux parties elles-mêmes qui peuvent toujours en demander l'accomplissement de la part du chef de famille. Mais le remploi, qui est obligatoire pour les parties, ne l'est pas pour les tiers. Ceux-ci ne sauraient être rendus responsables du défaut de remploi du bien aliéné. Cette solution, qui avait été indiquée dans le projet du gouvernement (1), n'a pas été reproduite dans la loi ; mais elle semble encore entièrement conforme à son esprit. C'est ainsi que l'article 14, alinéa 2, décide que les Compagnies d'assurances ne sont pas garantes du défaut de remploi. Nous croyons qu'il faut étendre cette disposition à l'expropriant ou aux tiers acquéreurs de biens dont l'aliénation n'a été permise qu'à charge de remploi. Pas plus que les Compagnies d'assurances, ils ne sauraient être rendus responsables du défaut de remploi.

Mais il est plus délicat de définir exactement les obligations de la Caisse des dépôts et consignations.

Doit-on considérer que cette administration ne doit remettre l'indemnité au mari — au moins pendant l'année où cette indemnité est insaisissable — qu'à charge pour lui de justifier d'un remploi ? C'est la thèse qui a été soutenue par le rapporteur de la loi (2). Pratiquement ce système garantit

(1) Projet du gouvernement (*J. off.* précité, p. 30, col. 3). Art. 16, al. 3 : « Les tiers ne sont pas responsables du remploi. »

(2) Rapport de M. le député Vigouroux (*J. off.* du 17 octobre 1909, annexes p. 1625) et D. 1910.4, p. 9, col. 3, *in fine*.

en effet, d'une façon très efficace, les intérêts de la famille, en la protégeant contre les négligences de son chef. Au point de vue théorique, il serait peut-être possible de le justifier en se fondant sur l'article 1937 du Code civil. Le dépositaire ne doit restituer la chose déposée qu'à celui qui a qualité pour la recevoir. Or, peut on dire, le mari n'a le droit de retirer cette indemnité qu'à charge de l'affecter aux besoins de la famille. La Caisse des dépôts et consignations ne doit donc consentir au retrait qu'après s'être assurée qu'il sera fait emploi des sommes déposées.

Quoi qu'il en soit de ces difficultés secondaires, il résulte de l'examen de la loi de 1909, que la constitution du bien de famille s'analyse dans une clause d'affectation, à laquelle le législateur donne toute sa portée pour une application judicieuse de la théorie de la subrogation réelle.

CHAPITRE VIII

DE LA SUBROGATION DE L'INDEMNITÉ DUE POUR PERTE DE LA CHOSE A LA CHOSE ELLE-MÊME, SPÉCIALEMENT LORSQUE CETTE CHOSE EST GREVÉE D'UNE AFFECTATION ANTÉRIEURE (1).

Lorsqu'une chose affectée à un usage déterminé vient à être échangée ou aliénée avec remploi, le bien acquis en échange ou en remploi est subrogé au bien primitif, c'est-à-dire comme lui affecté au même usage. Mais il peut se faire que la chose affectée ait été expropriée ou détruite à la suite d'un accident ou d'un sinistre, et ait été remplacée dans le patrimoine du perdant par une indemnité correspondante.

Doit-on considérer cette indemnité comme la contre-valeur de la chose détruite, et par suite doit-on admettre sa subrogation, à la place du bien disparu ?

A cette question, comme nous le montrerons, il est bien

(1) Au début de ce chapitre (introduction) nous exposerons un certain nombre de principes généraux qui en réalité sont communs à la subrogation conventionnelle et à la subrogation légale ; nous traiterons ainsi la subrogation des indemnités d'une façon générale. Mais plus loin (à partir de la section I) nous nous occuperons plus spécialement de la subrogation des indemnités dues en place de choses grevées d'affectation. Par contre nous ne traiterons pas dans un chapitre spécial la subrogation des indemnités dues en place de choses grevées d'une obligation de restitution Nous nous bornerons à signaler les cas de cette subrogation au cours des développements de notre titre III. — Voir en particulier : titre III, chap. II, sect II.

difficile de fournir une réponse uniforme. C'est qu'en effet toutes les indemnités n'ont pas le même caractère juridique. On ne peut donc que tracer une indication générale. Selon nous, il faudra admettre la subrogation en vertu de l'affectation préalable chaque fois que *l'indemnité pourra être considérée comme la représentation exacte de la valeur originairement affectée*. Autrement dit, et sous une forme pratique, la subrogation aura lieu chaque fois que l'indemnité pourra être assimilée à un prix de vente, le prix de vente étant toujours la représentation parfaite de la chose originaire.

A. — Or, nous allons voir que les différentes indemnités qui représentent dans le patrimoine les choses disparues, sont loin d'avoir toutes le même caractère juridique.

1° Le bien tout d'abord a pu faire l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique. A la place du bien exproprié, une indemnité a été accordée à son propriétaire. Sans aucun doute, cette indemnité représente la contre-valeur du bien exproprié puisqu'elle a été fixée par le jury d'expropriation en raison même de la valeur de cette chose. Elle est entièrement assimilable à un prix de vente, puisque tout se passe comme si le propriétaire avait vendu son bien à l'expropriant moyennant un prix déterminé égal au montant de l'indemnité.

On est donc en droit de dire que cette indemnité est la représentation exacte de la valeur de la chose originaire et qu'elle doit être destinée à la même affectation.

2° Autre situation voisine de la précédente : le bien a été détruit par la faute d'un tiers, et ce tiers indemnise le propriétaire du dommage qu'il lui a causé. Ici encore, il est facile de soutenir que l'indemnité est la représentation exacte de la valeur de la chose détruite. Le tiers est tenu

d'indemniser le propriétaire de tout le dommage qu'il lui a causé, c'est-à-dire de lui verser une indemnité justement égale à la valeur de la chose détruite. Pour la personne de la victime, tout se passe donc comme si le bien avait été aliéné au tiers, et remplacé par un prix, dans l'espèce égal au montant de l'indemnité.

Dans ce cas, l'indemnité, qui est entièrement assimilable à un prix de vente, doit donc être considérée comme subrogée à la chose détruite.

3° La question se présente déjà dans des termes plus difficiles dans les conditions suivantes : la chose a été détruite, non pas par suite de la faute d'un tiers, mais par suite d'un sinistre général, et l'Etat vient en aide à son propriétaire en lui versant une indemnité. Au premier abord on serait tenté de dire que cette indemnité a été attribuée à titre de secours général au propriétaire, qu'elle s'adresse à tout son patrimoine, et qu'elle n'est pas dans ce patrimoine la représentation exacte de la chose détruite, puisqu'elle a été déterminée non pas d'après la valeur de cette chose, mais d'après l'état de plus ou moins grande misère de son propriétaire. Il en sera ainsi certainement chaque fois que le propriétaire aura été victime d'un sinistre général ayant compromis toute sa fortune ; dans ces conditions, il serait impossible et même injuste d'assigner l'indemnité versée sur tel ou tel bien déterminé ; l'indemnité s'adresse à tout son patrimoine ; elle n'est pas la représentation d'un bien plutôt que d'un autre, il n'y a donc pour elle aucune subrogation possible.

Mais dans certains cas, lorsque le propriétaire n'a subi de préjudice que par la destruction d'un bien déterminé, lorsqu'il est possible de rattacher l'indemnité au bien lui-même, nous croyons que, dans une certaine mesure du moins, on pourra considérer l'indemnité gracieuse comme

la représentation du bien sinistré et lui étendre par suite les charges et affectations qui grevaient le bien primitif.

4° La question la plus fréquente, en pratique, est aussi la plus délicate à résoudre. Le plus souvent, en effet, le bien sinistré a été assuré à une Compagnie spéciale, et cette Compagnie verse au propriétaire une indemnité destinée à contre-balancer la perte qu'il a faite. Sans doute cette indemnité est bien déterminée d'après la valeur de la chose détruite, seulement il nous semblerait inexact de dire qu'elle représente complètement cette valeur.

C'est qu'en effet cette indemnité n'a été versée au propriétaire qu'en échange du paiement des primes abandonnées à la Compagnie d'assurances.

Cette indemnité est donc, tout d'abord, la représentation de ces primes, c'est-à-dire d'une valeur libre, puisque les primes ont été prélevées par le propriétaire sur des biens lui appartenant en propre, sur des biens dont il pouvait disposer sans aucune réserve. Pour le surplus seulement, elle est la représentation de la chose détruite ; par suite, dans la mesure de cet excédent seul, elle doit donc être considérée comme subrogée à la chose détruite, comme grevée d'affectation à sa place.

Nous croyons donc que la seule logique ne commande pas la subrogation totale de l'indemnité d'assurance à la chose détruite, mais exige simplement une subrogation partielle de cette indemnité ; l'indemnité n'étant subrogée au bien détruit que déduction faite de la valeur des primes qu'elle renferme en elle-même.

Seulement, si cette solution est théoriquement vraie, elle serait pratiquement assez difficilement applicable.

Et c'est pourquoi la tendance moderne est à négliger cette valeur des primes, à assimiler ces primes aux menues

réparations d'entretien qui sont toujours nécessaires pour la conservation d'un bien, et par suite à considérer l'indemnité d'assurance comme la représentation exacte de la chose sinistrée.

Telle fut principalement l'œuvre de la loi du 19 février 1889, dont nous aurons à nous occuper plus loin.

B. — Après avoir posé la question d'une façon abstraite et aussi générale que possible, il nous faut maintenant indiquer les hypothèses concrètes dans lesquelles notre théorie recevra application.

Ce nous sera facile, puisque nous n'aurons pour cela qu'à passer en revue les principales affectations des biens à des usages déterminés. La question est susceptible de se poser sous le régime de communauté, ou sous le régime dotal, lorsqu'un bien propre ou dotal a été remplacé par une indemnité correspondante. Il s'agit de savoir alors si la subrogation transférera à l'indemnité ainsi obtenue, la qualité de bien propre ou de bien dotal.

Nous avons déjà vu ce problème intervenir à propos du bien de famille, lorsque le bien de famille a été détruit et remplacé par une indemnité correspondante.

Il peut être également intéressant de déterminer la condition juridique des indemnités substituées à des biens grevés de charges, de substitutions ou de fondations.

De même, il peut se faire qu'un immeuble sujet à rapport ait été exproprié ou détruit par un incendie entre la donation et le décès du donateur. Doit-on étendre l'obligation du rapport aux indemnités d'expropriation ou d'assurances ?

Mais les jurisconsultes se préoccupent surtout du sort des indemnités qui ont pris la place des choses grevées de droits d'usufruit ou d'hypothèque. C'est qu'en effet ces droits réels entraînent une affectation extrêmement rigou-

reuse de la chose aux intérêts de l'usufruitier ou du nu-propriétaire, et qu'il est particulièrement grave d'étendre cette affectation aux indemnités représentatives des choses en question.

SECTION I. — Indemnités d'expropriation (loi du 3 mai 1841).

L'indemnité d'expropriation représente bien, nous l'avons vu, la chose détruite ; par suite, elle va se trouver subrogée à cette dernière.

L'indemnité d'expropriation qui aura remplacé un bien propre, sera également propre.

Un immeuble dotal a-t-il été exproprié pour cause d'utilité publique, l'indemnité reçue par l'époux sera dotale (art. 13 et 25 de la loi du 3 mai 1841). La loi autorise même le tribunal, en cas de cession amiable, à prescrire les mesures de remploi qu'il jugera utiles (art. 13).

De même le tribunal peut en vertu de ce même article 13, ordonner le remploi des biens appartenant à des mineurs, des biens grevés de substitutions ou compris dans des majorats. Naturellement les nouveaux biens ainsi acquis, ou seront réputés la propriété des mineurs, ou seront grevés de substitution.

Par voie d'analogie, on doit décider que le tribunal pourrait, le cas échéant, ordonner le remploi des indemnités substituées à des biens grevés de fondations. Naturellement, les nouveaux biens, subrogés aux premiers, ne pourraient être employés à un autre usage.

On est également d'accord pour soumettre au rapport l'indemnité d'expropriation qui a remplacé le bien donné en avancement d'hoirie.

L'article 39 de la loi consacre la subrogation de l'indemnité au bien grevé d'usufruit. Cet article 39 décide en effet : « que le nu-propriétaire et l'usufruitier exercent leurs droits sur le montant de l'indemnité au lieu de l'exercer sur la chose ».

Reste enfin la question des biens grevés de privilèges ou d'hypothèques. Le système du législateur de 1841, article 17, n'est qu'une application très exacte des principes généraux. Il réserve sans doute aux créanciers hypothécaires leurs droits de préférence, l'indemnité devant être affectée à eux tout d'abord avant les simples chirographaires.

Mais il leur refuse le droit de suite. Les créanciers hypothécaires ne peuvent ni surenchérir, ni saisir l'immeuble ; ils peuvent simplement exiger que l'indemnité soit fixée légalement par le jury (art. 17, *in fine*).

Ce refus du droit de suite se justifie, dans la pensée du législateur, par le désir d'empêcher les créanciers hypothécaires de troubler l'autorité expropriante (1).

Mais au point de vue des princides généraux de la subrogation, cette solution peut s'expliquer d'une autre manière. Du jour de l'expropriation le droit des créanciers hypothécaires se trouve transporté de la chose sur l'indemnité. Or, alors que sur cette indemnité ils peuvent exercer leur droit de préférence sans aucune difficulté, ils ne peuvent sur elle prétendre au droit de suite, l'indemnité en raison de sa nature mobilière n'étant pas susceptible de ce dernier droit (2).

(1) Planiol, *Manuel*, t. II, nos 3430 et 3378.

(2) Nous aurons encore plus loin à nous occuper de cette question. Chaque fois que le droit d'hypothèque se transporte d'une chose sur l'indemnité correspondante, il se réduit à un simple droit de préférence.

SECTION II. — Indemnités de responsabilité.

L'indemnité de responsabilité qui remplace une chose détruite et affectée à un usage déterminé, est, comme l'indemnité d'expropriation, la représentation exacte de la valeur de la chose disparue. Elle est entièrement assimilable à un prix de vente ; comme ce prix, elle doit donc être considérée comme subrogée à la chose détruite.

Pour faire application de ce principe général, nous distinguerons entre deux séries d'hypothèses.

§ 1. — Subrogation des indemnités de responsabilité aux biens propres ou dotaux.

a) Un bien propre est perdu par la faute d'un tiers. Celui-ci verse au conjoint, victime de la perte, une indemnité.

Cette indemnité et les biens acquis en emploi de cette indemnité auront-ils le caractère de biens propres ou de biens communs ?

Sans aucun doute, il faut en faire des propres ; l'indemnité est forcément propre comme le serait le prix de vente d'un bien appartenant à la femme. Et le remploi de l'indemnité en un bien nouveau, a forcément le même caractère que le remploi d'un prix de vente quelconque. Le remploi engendre donc des propres, mais à condition naturellement d'avertir les tiers au moyen des déclarations prévues par l'article 1434.

b) La question se pose dans les mêmes termes, sous le régime dotal. Un bien dotal ayant été détruit, doit-on accorder également le caractère dotal à la créance de dommages-intérêts due par le tiers responsable de la perte.

En pratique, l'affaire se présentait dans une espèce assez simple. Un immeuble dotal, aliénable sous condition de remploi, avait été aliéné et remplacé par des valeurs mobilières qui lui étaient donc subrogées. Ces valeurs avaient été aliénées à leur tour en partie, et le prix en avait été perdu dans un mauvais placement fait par un notaire.

Un arrêt de la Cour d'Aix (1), brièvement confirmé par la Cour de cassation, a décidé qu'il fallait subroger aux valeurs dotales l'indemnité due par le notaire responsable.

Cette solution est facile à justifier. Nous nous trouvions dans les conditions proposées en présence d'une dot indisponible en valeur seulement. Par suite, tout bien qui avait remplacé une valeur dotale se trouvait prendre le même caractère. Mais l'indemnité de responsabilité n'a-t elle pas, elle aussi, remplacé une valeur dotale ? N'est-elle pas, elle aussi, la contre-partie exacte de cette valeur ?

Par suite, il faut lui étendre la qualité de bien dotal. Et cette solution est si naturelle, que les adversaires de ce système (2) n'ont trouvé pour le combattre qu'une arme bien démodée. Ils ont eu recours au vieil argument de la subrogation fictive ; ils ont prétendu que cette subrogation étant limitée aux seuls cas prévus par la loi, cette indemnité devait être paraphernale, quoique représentative de la dot.

Le lecteur nous dispensera certainement de réfuter à nouveau ce dernier argument, et il nous permettra de généraliser la solution donnée par la Cour d'Aix et de dire que chaque fois qu'une indemnité de responsabilité aura pris

(1) Aix, 6 janvier 1890, S. 90.2.88 ; Cass., 5 janvier 1891, S. 91.1. 102, D. 91.1 486. — Voir aussi espèce analogue dans Dijon, 14 juin 1880, S. 81.2.126.

(2) Voir en ce sens : note Valabrègue, sous l'arrêt d'Aix cité, S. 90. 2.89.

la place d'un bien dotal, elle sera dotale comme le bien qu'elle remplace.

La solution donnée par la Cour d'Aix ne s'appliquait sans doute qu'au cas d'une dot indisponible en valeur ; mais elle serait vraie par *a fortiori* dans le cas d'une dot complètement indisponible. Dans ces conditions, l'affectation qui grève le bien étant encore plus rigoureuse, doit certainement entraîner la subrogation de l'indemnité au bien détruit. Du moment que le bien lui-même ne peut plus servir à l'affectation voulue, il est de toute évidence nécessaire d'y consacrer l'indemnité qui le remplace.

§ 2. — Subrogation des indemnités de responsabilité aux biens grevés de privilèges ou d'hypothèques.

Doit-on admettre la subrogation des indemnités de responsabilité aux biens grevés de privilèges ou d'hypothèques ?

La question est aujourd'hui résolue dans le sens de l'affirmative par la loi de 1889 (art. 3, al. 1). Mais la loi ne donne une solution formelle que dans deux cas ; les autres hypothèses restent donc encore discutables.

A. — *Cas prévus par la loi.* — L'article 3 (al. 1) de la loi du 19 février 1889 autorise les créanciers hypothécaires ou privilégiés à exercer leurs droits de préférence sur les indemnités dues à leur débiteur, en cas de sinistre, soit par le locataire responsable en vertu de l'article 1733 du Code civil, soit par le voisin tenu de dommages-intérêts dans les termes de l'article 1382 du Code civil.

La jurisprudence a eu dernièrement l'occasion de faire une application de cet article et d'en dégager le fondement juridique. Remarquons tout d'abord que la question est de nature à se poser assez rarement en pratique. Avec le dé-

veloppement de l'assurance, les procès entre voisins, entre propriétaire et locataire, se font de plus en plus rares ; le plus souvent ils sont remplacés par des procès entre leurs assureurs. On retombe ainsi dans les conditions de l'article 2 de la loi que nous examinerons plus loin.

Et si la Cour de Paris (31 mars 1905) (1) a eu à s'occuper du sort de l'indemnité due par le locataire responsable, c'est uniquement parce que l'assurance par lui contractée était frappée de déchéance.

La Cour de Paris commence par poser en principe que cette indemnité est le gage exclusif des créanciers hypothécaires ou privilégiés. De plus, elle considère que cette indemnité de responsabilité a été traitée et mise par le législateur sur le même pied que l'indemnité d'assurance (2). Par suite, comme cette indemnité, elle a été assimilée au prix de vente de l'immeuble ; elle a été substituée à l'immeuble lui-même, et c'est sur elle que sont reportés les droits de préférence et de suite dont l'immeuble était grevé avant qu'il n'eût péri.

La Cour de Paris a été même plus loin, et faisant de ces principes une application très rigoureuse, elle a, implicitement du moins, refusé au locataire le droit de se faire payer sur cette indemnité les sommes dues pour des créances de travaux.

La jurisprudence considère donc aujourd'hui que la loi

(1) Paris, 31 mars 1905, S. 1906.2.137, note Demogue, D. 1906.2. 321, note Planiol.

(2) *Sic* : Demogue (note au Sirey). — *Contra*, Planiol (note au Dalloz). Pour lui l'indemnité de responsabilité qui est attribuée aux créanciers en vertu d'un droit propre ne saurait être assimilée à l'indemnité d'assurance qui ne leur est accordée qu'en vertu d'une délégation conventionnelle ou légale. Planiol, *Manuel*, t. II, n° 3430.

de 1889 a assimilé l'indemnité locative à un prix de vente. Un peu plus loin, il nous suffira de faire un pas de plus, de montrer que l'idée d'assimilation de l'indemnité à un prix de vente, implique forcément et nécessairement l'idée de subrogation réelle, pour donner à cet article 2 de la loi de 1889 un fondement en conformité avec notre théorie générale.

B. — *Cas non prévus par le législateur.* — La loi de 1889 a laissé en dehors de ses prévisions les autres applications de l'idée de faute. En ce qui concerne les immeubles, deux autres situations peuvent également être envisagées. L'incendie peut avoir été causé volontairement ou involontairement par un passant ; ce dernier, outre la sanction pénale qu'il peut encourir, engage sa responsabilité civile. Enfin la destruction de l'immeuble peut provenir de l'écroulement des bâtiments, et la responsabilité de l'architecte constructeur peut être mise en jeu, parce qu'on se trouve dans les conditions de l'article 1792 du Code civil.

Pour les meubles, les causes de destruction sont encore plus nombreuses, et les tiers pourront, de ce chef, engager leur responsabilité soit en vertu de l'article 1382 du Code civil, soit en vertu d'un contrat dont ils sont antérieurement tenus. Par exemple, voilà une chose mobilière grevée de privilège, cette chose périt dans un transport, une indemnité est due par le voiturier responsable de sa perte aux termes de l'article 103 du Code de commerce.

Doit-on considérer cette indemnité comme subrogée à la chose détruite, comme grevée de privilège ?

On peut répondre par l'affirmative si l'on admet que la loi de 1889 est, sur ce point, beaucoup plus conforme que contraire aux principes généraux.

En cas de vente forcée ou suivie de purge, les créanciers

privilégiés ou hypothécaires se trouvent exercer sur le prix de la chose leurs droits de préférence ; le prix est donc, dans ce cas, subrogé à la chose. Mais l'indemnité de responsabilité n'est-elle pas entièrement assimilable à un prix de vente, n'est-elle pas la représentation exacte de la chose détruite ?

En conséquence, il faut la traiter comme le prix lui-même, et lui étendre les droits de préférence qui portaient sur la chose détruite.

C'est donc par une généralisation de cet article 3 (al. 1) de la loi de 1889 que nous résoudrons la question proposée.

SECTION III. — **Indemnités gracieuses.**

Un individu a été victime d'un sinistre. L'Etat, le département, la commune ou même des sociétés particulières lui viennent en aide et l'indemnisent du dommage subi. En supposant les biens de la victime grevés de privilèges ou d'hypothèques, doit-on attribuer ces indemnités par préférence aux créanciers hypothécaires, ou doit-on distribuer ces indemnités au marc le franc entre tous les créanciers ?

C'est à une distinction que nous avons déjà eu recours pour ménager à la fois et les droits du débiteur et ceux de ses créanciers. Lorsque le sinistre a un caractère général et frappe toute la fortune du débiteur, l'indemnité n'est pas la représentation de tel ou tel bien déterminé ; elle s'adresse au débiteur lui-même et non à ses créanciers qui ne peuvent sur elle prétendre à aucun droit spécial de préférence.

L'indemnité est-elle au contraire payée en raison de la destruction d'un bien déterminé, il est alors possible de la traiter comme une indemnité d'expropriation, ou comme

une indemnité de responsabilité et de lui étendre les droits de préférence exercés sur la chose détruite par les créanciers munis de sûretés réelles.

C'est dans cette dernière catégorie que nous rangerons les indemnités accordées aux victimes de troubles graves par certaines lois spéciales.

C'est tout d'abord la fameuse loi du milliard des émigrés du 27 avril 1825, dont l'article 17 porte que les créanciers exerceront leurs droits sur cette indemnité « suivant le rang des privilèges et hypothèques qu'ils avaient sur les immeubles confisqués ».

Ce furent ensuite les lois du 7 avril 1873 et du 8 août 1893 qui indemnisèrent ou les victimes de la guerre de 1870 et de la Commune, ou celles des attentats anarchistes.

Au contraire, les indemnités dues en cas de troubles par les communes responsables dans les termes des articles 106, 107 et 108 de la loi municipale de 1884 ont le caractère d'indemnités de responsabilité et non d'indemnités gracieuses.

La loi du 7 avril 1873 n'ayant pas spécialement réservé les droits des créanciers hypothécaires ou privilégiés, ils ont porté leurs réclamations devant les tribunaux ; mais par deux fois ils ont été déboutés de leur demande.

Le 12 mars 1877, ils soutenaient devant la Cour de cassation que l'on devait assimiler à une indemnité d'expropriation la somme payée à raison de la démolition d'une usine située dans la zone militaire de Paris, et qu'en conséquence, cette indemnité devait leur être attribuée par préférence aux simples chirographaires.

La Cour de cassation (1) n'a pas cru devoir admettre leur

(1) Cass., 12 mars 1877, D. 77.1.97, S. 77.1.206.

pourvoi, et a distribué l'indemnité au marc le franc entre tous les créanciers. C'est qu'en effet la jurisprudence avait considéré que, dans l'état des textes, cette indemnité ne pouvait avoir le caractère d'une indemnité d'expropriation. Seulement, une fois ce point de départ résolu, il restait, ce qui n'a pas été fait ni soutenu, à rechercher si au point de vue des principes généraux de la subrogation, cette indemnité, gracieuse désormais, n'aurait pas dû être traitée de la même manière que l'indemnité d'expropriation.

Si l'on était parti de cette idée, on serait probablement arrivé à faire triompher les droits des créanciers hypothécaires ou privilégiés.

Ceux-ci ont du reste subi un autre échec le 2 août 1880 (1), toujours devant la Cour de cassation. Le tribunal suprême s'est refusé à attribuer exclusivement aux porteurs de warrants l'indemnité payée pour les marchandises brûlées pendant la Commune dans les magasins généraux. Et pourtant, ici, outre les principes de la matière, les créanciers gagistes peuvent invoquer en leur faveur l'article 10 de la loi du 28 mai 1858 qui leur accorde, sur les indemnités d'assurances dues en cas de sinistre, les mêmes droits que sur la chose assurée. Ils peuvent soutenir, dans ces conditions, avec beaucoup de raison selon nous, que leur droit de gage ne porte pas ainsi exclusivement sur la chose elle-même, mais qu'il s'étend à toute indemnité qui peut être considérée comme la représentation de la valeur de la chose détruite.

(1) Cass., 2 août 1880, D. 81.1.227, S. 84.1.246.

SECTION IV. — Indemnités d'assurances.

L'indemnité d'assurance ne représente que très imparfaitement la chose détruite. Comme le dit justement M. Planiol (1), l'assurance est avant tout « un procédé de capitalisation par l'association ». Craignant un sinistre toujours possible, le propriétaire cherche à se constituer par l'épargne, au moyen du versement régulier des primes, un capital de réserve qui lui permettra de reconstituer le bien détruit ou de faire acquisition à sa place d'un bien nouveau.

Dans la mesure où elle correspond aux primes versées, l'indemnité d'assurance devrait être considérée comme entièrement libre entre les mains de son titulaire. Et ce n'est que pour le surplus, dans la seule mesure où elle représente le bien détruit, que l'on devrait lui étendre les charges réelles qui grevaient ce dernier bien.

Telle est, avons-nous déjà dit, la solution rationnelle. Mais il convient d'observer que les tendances modernes de la jurisprudence et de la loi sont à négliger les primes versées, à considérer que ces primes ne sont que des charges normales de la propriété analogues aux simples réparations d'entretien, et à assimiler en conséquence entièrement l'indemnité d'assurance à la chose détruite.

Pour fixer le sort de l'indemnité d'assurance, qui représente à la fois et une valeur libre et une valeur grevée d'affectation, la pratique actuelle applique donc la fameuse règle : *Major pars trahit ad se minorem*, et en conséquence traite l'indemnité comme si elle provenait entièrement d'une valeur affectée.

(1) Planiol, t. I, n° 3445.

§ 1. — Subrogation de l'indemnité d'assurance à un bien propre ou dotal.

A. — Un bien propre a été détruit et remplacé par une indemnité correspondante. Au point de vue théorique, il serait peut-être possible de soutenir que le bien ayant été partiellement acquis à la place des primes versées, c'est-à-dire au moyen de valeurs communes, devrait être en partie propre, en partie commun.

Mais la pratique (1) a adopté une solution plus simple. Elle assimile le paiement des primes aux mesures de réparation et d'entretien du bien propre dont la communauté a la charge aux termes de l'article 1409, alinéa 4. En conséquence, elle considère que l'indemnité d'assurance sera propre ; et que la communauté n'aura même pas droit à récompense. Les primes étant en effet aujourd'hui considérées comme une charge des revenus, doivent incomber définitivement à la communauté.

B. — Un bien dotal, à son tour, subit le même sort que le bien propre dont nous venons de nous occuper. Comme lui, il a été détruit par un incendie et remplacé par une indemnité d'assurance, que nous supposerons obtenue après versement de primes ayant un caractère paraphernal.

Doit-on alors faire de l'indemnité d'assurance une valeur dotale ou paraphernale ? La jurisprudence de la Cour de Pau (2) nous répond par la négative. L'indemnité, dit-elle, représente les primes versées. Or ces primes n'ont rien de dotal, donc l'indemnité sera paraphernale.

(1) *Sic* : Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 26, p. 228 ; Le Courtois et Surville, *Contrat de mariage*, t. I, n° 479 ; Stora, thèse citée, p. 253 ; Bordeaux, 19 mars 1857, D. 58.2.61, S. 57.2.534.

(2) Pau, 31 mai 1893, D. 95.2.10.

La Cour de Riom (1) argumente du caractère exceptionnel de la loi de 1889. Cette loi, dit-elle, a sans doute considéré l'indemnité d'assurance comme la représentation de la chose détruite à l'égard des créanciers hypothécaires. Mais cette loi ne saurait s'appliquer dans les rapports des époux entre eux ; par suite l'indemnité d'assurance ne représente pas le bien dotal détruit.

Les théoriciens de notre sujet s'élèvent avec beaucoup de véhémence contre les solutions de la jurisprudence. Comment, disent-ils (2), la jurisprudence qui considère, sous le régime de communauté l'indemnité d'assurance comme la représentation exacte du propre disparu,se refuse à donner la même solution sous le régime dotal ! Pourtant ici encore, ajoutent-ils (3), on ne saurait considérer les primes que comme de simples débours analogues à des réparations d'entretien, débours qui ne doivent nullement entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agira de fixer la condition juridique de l'indemnité.

Pour nous, qui n'avons donné au système de la jurisprudence en matière de propres de communauté qu'une approbation toute conditionnelle, nous restons entièrement libres de dégager la solution rationnelle de la question.

Pour plus de précision, prenons un exemple. Un immeuble dotal de 100.000 francs a été assuré moyennant une somme de 25.000 francs représentant au moment du sinistre, le montant des primes versées. Une indemnité que nous supposerons égale à la valeur de l'immeuble a été payée aux

(1) Riom, 12 nov. 1894 ; *Rec. arrêts Riom et Limoges*, 1894-1895, p. 54 ; Arrêt cité par Stora, thèse, p. 359.

(2) Stora, thèse, p. 353.

(3) Magnillat, thèse, p. 167.

conjoints. Avec cette indemnité, ils ont acquis un bien, toujours d'une valeur de 100.000 francs. Dans quelle mesure le nouveau bien sera-t-il dotal ou paraphernal ?

Pour déterminer son caractère véritable, ainsi que celui de l'indemnité à laquelle il a été substitué, il nous suffira de rechercher l'origine dont ces valeurs proviennent. Or, dans les conditions mêmes de l'exemple proposé, le nouveau bien représente une valeur paraphernale de 25.000 fr., et une valeur dotale de 75.000 francs. Il sera donc grevé de dotalité jusqu'à concurrence d'une somme de 75.000 fr. et paraphernal pour le surplus. Il se trouvera dans la situation des biens qui renferment en eux une valeur dotale ; saisissable seulement pour une somme de 25.000 francs ; aliénable, sans doute, mais à charge d'un remploi en un bien dont la valeur minima ne devra jamais être inférieure à 75.000 francs.

Et la solution que nous indiquons comme la solution rationnelle, est aussi, — dans une certaine mesure, — celle de la jurisprudence. La Cour de Riom (arrêt déjà cité), considère en effet « que l'indemnité représente des deniers dotaux dont le mari a l'administration ». Et c'est pourquoi elle accorde à cette indemnité au moins un certain caractère dotal (1). L'arrêt de Pau, par contre, semble plus exactement s'en référer à la thèse de la paraphernalité pure et simple.

§ 2. — Subrogation de l'indemnité d'assurance à l'immeuble sujet à rapport.

Le rapport est l'obligation imposée à un héritier de joindre à la masse à partager certains biens ou certaines va-

(1) L'arrêt de Riom est malheureusement rédigé d'une façon assez obscure et un peu contradictoire.

leurs provenant de la succession qu'il est appelé à recueillir. Il existe deux formes de rapport : le rapport en nature qui oblige l'héritier à rapporter à la succession le bien lui-même dans son individualité matérielle, et le rapport en moins-prenant qui le prive simplement d'une valeur égale à celle qu'il a reçue par avance du défunt.

Or, au cas d'aliénation, le prix seul de l'immeuble doit être rapporté en moins prenant (art. 860). Il semble que l'on est en droit de généraliser cette solution et de dire que l'héritier devra le rapport à la succession de toute valeur qui pourra être considérée comme l'équivalent exact de la chose sortie de son patrimoine, ou sous une autre forme, de toute indemnité qui sera entièrement assimilable à un prix de vente. Et c'est pourquoi nous avons admis le rapport de l'indemnité d'expropriation à la place du bien exproprié.

Seulement les indemnités d'assurance, est-il besoin de le répéter à nouveau, ne représentent pas entièrement la chose détruite, elles représentent, pour partie également, la valeur des primes versées. Obliger l'héritier à rapporter entièrement l'indemnité d'assurance, ce serait en fait le contraindre à restituer plus qu'il n'a reçu du défunt ; ce serait l'obliger à rapporter à la succession une valeur qui lui est personnelle et n'a aucun caractère héréditaire (1) ; on ne peut non plus l'autoriser à garder entièrement cette indemnité, car, pour le coup, ce serait l'enrichir aux dépens de la succession. On doit donc limiter l'obligation du rap-

(1) La doctrine n'admet généralement pas le rapport de cette indemnité d'assurance. — *Sic* : Aubry et Rau, IV, § 634 ; Huc, V, n° 378 ; Planiol (*Manuel*, t. III, n° 2280) considère au contraire que petit à petit la pratique s'achemine vers l'idée de subrogation, le service des primes devenant une charge normale de la propriété.

port à l'excédent du chiffre de l'indemnité sur le montant des primes versées.

§ 3. — Subrogation de l'indemnité d'assurance au bien grevé de privilège ou d'hypothèque (Loi de 1889, art. 2).

A. — *Historique de la question.* — Un bien grevé de privilège ou d'hypothèque a été remplacé à la suite d'un sinistre par une indemnité d'assurance. Cette indemnité doit-elle être considérée comme le gage exclusif des créanciers hypothécaires ou privilégiés, ou doit-elle être distribuée entre tous les créanciers au marc le franc ? Adopter cette dernière solution, c'est évidemment enrichir les créanciers simplement chirographaires, aux dépens de ceux qui sont munis de sûretés réelles. Mais par contre, admettre la subrogation complète, c'est trop oublier que l'indemnité d'assurance représente, en partie du moins, les primes versées, et que ces primes ont été prélevées sur le gage commun de tous les créanciers.

La question était des plus délicates, et elle embarrassa singulièrement les tribunaux lorsqu'elle fut portée pour la première fois devant eux.

La Cour de Colmar, le 25 août 1826 (1), et le tribunal civil de Rouen, le 25 juillet 1828 (2), considèrent que l'indemnité d'assurance, qui est la représentation de l'immeuble assuré, doit comme cet immeuble être le gage exclusif des créanciers hypothécaires.

La Cour de Rouen (3), le 27 décembre 1828, repousse au contraire la thèse du tribunal civil. Elle pose en principe

(1) S. 28.2.17.
(2) S. 31.1.291.
(3) S. 30.2.161.

que l'indemnité d'assurance représente les primes versées et prélevées sur les revenus, qui appartiennent aux créanciers chirographaires. Elle ajoute de plus que les immeubles seuls sont susceptibles d'hypothèques, et que l'indemnité étant une chose mobilière ne peut être grevée d'une sûreté de ce genre. Pourtant elle confirme le jugement du tribunal civil de Rouen en basant sa décision sur le texte de l'article 1303 du Code civil. Ce texte, trop méconnu (1), oblige en effet le débiteur à céder à son créancier les actions en indemnités qu'il pouvait avoir par rapport à cette chose.

L'opinion de la jurisprudence se fixe définitivement dans un arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 1831 (2) qui casse l'arrêt de la Cour de Rouen précité. La Cour de cassation se refuse à étendre le droit des créanciers hypothécaires ou privilégiés sur l'indemnité d'assurance. Et elle

(1) Cet article 1303 généralisé aurait pu en effet être d'un très utile secours dans la question. Aujourd'hui il serait peut-être encore possible de s'en servir pour justifier l'action directe accordée au propriétaire : le locataire étant toujours obligé de céder à son propriétaire l'action qu'il a contre son assureur. On restreint généralement cet article 1303 aux rapports entre acheteur et vendeur, et de ce fait il se trouve n'avoir aucune utilité pratique. L'acheteur est en effet propriétaire du jour de la vente, et les actions en indemnités prennent naissance dans sa personne ; il est donc inutile au vendeur, son débiteur, de les lui céder. Mais pourquoi ne pas faire de cet article 1303, qui est écrit au titre des obligations et non au titre de la vente, un principe général en vertu duquel le débiteur d'une chose déterminée serait obligé de céder à son créancier les actions en indemnité qu'il pourrait avoir relativement à cette chose ? On voit combien ce texte ainsi interprété serait la source de solutions fécondes en pratique. Voir en ce sens, outre l'arrêt de Rouen, cité au texte, l'arrêt de Grenoble indiqué ci-dessous.

(2) Cass., 28 juin 1831, S. 31.1.291.

reprend en ce sens les arguments donnés par la Cour de Rouen : 1° l'indemnité d'assurance n'est pas la représentation de la chose détruite ; 2° l'indemnité d'assurance n'est pas susceptible d'hypothèque, parce que c'est une chose mobilière.

La Cour de Grenoble (1) développe à nouveau, dans des attendus très longuement motivés, la thèse de la Cour suprême. Elle s'en réfère au système traditionnel de Merlin : la subrogation étant une fiction de droit étroit, ne saurait être consacrée que par la loi elle-même ; or, nous n'avions (du moins à cette époque) aucune loi qui affectait spécialement cette indemnité aux créanciers hypothécaires par préférence aux simples chirographaires.

La jurisprudence s'étant fixée en ce sens, la pratique, toujours ingénieuse, imagina pour la tourner une clause originale qui devint bientôt de style. Cette clause obligeait le propriétaire à assurer son immeuble et à céder au créancier hypothécaire sa créance éventuelle d'indemnité contre son assureur.

Mais ce procédé était encore très imparfait. La cession ainsi faite n'était opposable aux créanciers chirographaires de l'assuré qu'à la condition d'avoir observé les formalités de publicité de l'article 1690 du Code civil. Les créanciers hypothécaires ne se trouvaient pas payés dans l'ordre des inscriptions, mais dans l'ordre des cessions successives, ou dans l'ordre dans lequel ils avaient rempli les formalités de l'article 1690.

De plus ce système ne protégeait que les créanciers à hypothèque conventionnelle, il ne permettait pas de sauve-

(1) Grenoble, 27 février 1834. *Répertoire* Dalloz, V° *Assurances*, en note sous n° 84, p. 349.

garder les droits des créanciers munis d'un privilège ou d'une hypothèque légale.

Une réforme législative s'imposait donc, appelée par les vœux de tous. On se préoccupe déjà de la question entre 1841 et 1849, lors des grands projets de réforme hypothécaire.

On consacre ensuite la subrogation dans deux situations spéciales. La loi du 28 mai 1858, concernant les marchandises déposées dans les magasins généraux, donne,dans son article 10, aux porteurs de récépissés et de warrants les mêmes droits et privilèges sur l'indemnité d'assurance que sur la marchandise assurée. La loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime décide, dans son article 17, que les droits des créanciers hypothécaires s'exercent sur l'indemnité d'assurance de la même façon que sur le navire hypothéqué. Seulement cet article 17 *in fine* ajoutait d'une façon assez malheureuse que la seule inscription de l'hypothèque valait opposition au paiement de l'indemnité d'assurance. Les Compagnies qui se trouvaient, de ce chef, obligées de requérir un état des inscriptions hypothécaires avant de procéder au paiement, protestèrent contre cette situation. Pour leur donner satisfaction, la loi du 10 juillet 1885, qui remania l'organisation de l'hypothèque maritime, abrogea en ne le reproduisant pas l'article 17 de la loi de 1874.

Le 20 juillet 1882, le gouvernement présente au Sénat, un vaste projet de loi sur l'organisation du crédit agricole. Ce projet, remanié par le Sénat, contenait un titre III relatif à la « subrogation de plein droit des privilèges mobiliers sur les indemnités dues par les Compagnies d'assurances ». Ce projet dans son ensemble échoua, mais il en resta un débris qui devint la loi du 19 février 1889. Cette loi, dans

son article 2, alinéa 1, transporte les droits des créanciers privilégiés et hypothécaires de la chose incendiée sur l'indemnité d'assurance, et les autorise à se faire payer sur cette indemnité suivant leur rang de préférence.

L'alinéa 2 protège les droits très respectables des débiteurs de l'indemnité en décidant : « que les paiements faits de bonne foi avant opposition seront valables. »

L'article 3, alinéa 1, que nous avons déjà étudié, accorde aux créanciers, privilégiés ou hypothécaires, les mêmes droits de préférence sur certaines indemnités de responsabilité dues par le locataire ou le voisin.

Quant à l'article 3, alinéa 2, dont nous nous occuperons plus loin (titre III), il a eu pour but principalement de régler le sort de l'indemnité d'assurance dans les rapports entre le propriétaire et son locataire.

L'article 2 de la loi de 1889 a une portée très générale, puisqu'il protège tous les créanciers hypothécaires ou privilégiés, et qu'il s'applique à toutes les sortes d'assurances. On s'accorde (1) même généralement pour décider qu'il doit englober non seulement les assurances terrestres, mais encore les assurances maritimes. La loi de 1889 aurait donc sur ce point restauré la subrogation qui fut supprimée par le législateur de 1885. Du reste, la loi de 1874, ne se trouve pas de ce chef complètement rétablie : les créanciers étant désormais tenus de faire opposition entre les Compagnies qui n'ont plus à se préoccuper de requérir un état des inscriptions.

(1) Planiol, *Manuel*, t. I, n° 3448 ; Darras et Tarbouriech, *Annales de droit commercial*, 1889-1890 ; Lyon-Caen et Renault, 1902, t. II, n° 1668.

B. — *Fondement rationnel de la loi de* 1889. — En négligeant l'opinion, certainement rejetée par le législateur (1), qui ne voit dans l'attribution de l'indemnité d'assurance aux créanciers privilégiés ou hypothécaires qu'une subrogation personnelle, il reste que trois explications juridiques ont été proposées pour rendre compte des solutions adoptées par la loi de 1889 (2).

1° Un premier système (3) soutient que la loi de 1889 a entendu consacrer la thèse de la délégation ou de la cession légale. Jusque-là, les créanciers avaient besoin d'une cession de la créance d'indemnité, ou d'une délégation expresse, pour pouvoir exercer leurs droits sur le montant de l'assurance ; mais désormais, cette délégation, jadis expresse, est devenue tacite et a lieu de plein droit. Les partisans de ce système argumentent en ce sens de la loi de 1889, qui attribue cette indemnité aux créanciers « sans qu'il soit besoin de délégation expresse ».

Ils ajoutent que les travaux préparatoires de la loi (4) leur donnent entièrement raison, puisque M. Lacombe a déclaré au Sénat, dans la séance du 6 mars 1888 : « Que désormais à côté de la délégation conventionnelle, il existera une délégation de plein droit au profit des créanciers privilégiés ou hypothécaires. »

(1) Un amendement de M. Lenoel, qui proposait d'inscrire l'article 2 à la suite de l'article 1251 (subrogation personnelle) ne fut pas admis et fut retiré par son auteur (D. 89.4.31, en note).

(2) *Bibliographie de la question* ; note Tissier, Nancy, 8 novembre 1902, S. 1904 2.241 ; De Loynes, *Privilèges et hypothèques*, t. I, n° 284 et suiv. ; Darras et Tarbouriech ; Panier : *Attribution des indemnités d'assurances* ; Note Demogue, S. 1906.2.137 (résumé des doctrines émises).

(3) C'est le système de Planiol, *Manuel*, t. II, n° 3451.

(4) Travaux préparatoires de la loi, dans D. 89.4.31, en note.

2° Un second système prétend au contraire que le législateur de 1889 a entendu assimiler l'indemnité d'assurance à un prix de vente. Sur le terrain des travaux préparatoires, il réfute avec facilité l'opinion précédente. A la citation de M. Lacombe, il répond par une autre phrase de ce parlementaire qui a déclaré, toujours dans cette même séance : « que l'article 2 tend à établir la substitution à l'objet assuré de l'indemnité due, en cas de sinistre, au point de vue de l'exercice du droit des créanciers privilégiés ou hypothécaires. » Ils ajoutent que M. Maunoury, rapporteur de la loi à la Chambre, et que M. Labiche, rapporteur de la loi au Sénat, ont tous deux considéré que l'article 2 a eu pour objet l'assimilation de l'indemnité d'assurance à un prix de vente.

Enfin, répondent-ils aux partisans de la première théorie, votre système est si peu en conformité avec la loi que, poussé dans ses derniers retranchements, il aboutit à des conséquences pratiques inadmissibles !

Une cession légale établirait forcément des rapports directs entre la Compagnie d'assurances et les créanciers cessionnaires. Seuls, ces créanciers auraient action contre la Compagnie ; leur débiteur ne pourrait réclamer à cette dernière l'indemnité due qu'à condition de justifier au préalable qu'il n'existe aucun créancier hypothécaire. Le règlement des indemnités devrait avoir lieu, normalement, entre la Compagnie et les créanciers, sans que l'assuré puisse y intervenir.

L'idée de délégation a aussi amené le tribunal de Brives (1) à imposer au débiteur de l'indemnité l'obligation de requérir un état des inscriptions, et a exigé aussi plus que

(1) Trib. Brives, 18 décembre 1889, S. 90.2.174, P. 90.1.909.

ne le demande la loi, qui prescrit simplement aux Compagnies de ne plus payer que du jour où elles ont reçu une opposition de ce sens.

Un système qui conduit à de telles conséquences pratiques est vite jugé. Aussi croyons-nous qu'il est beaucoup plus exact d'assigner l'indemnité à un prix de vente que de parler de délégation légale.

3° Mais l'idée d'assimilation de la chose à un prix de vente, conduit insensiblement à un troisième système qui est celui de la subrogation réelle.

Pourquoi la loi a-t-elle entendu assimiler l'indemnité d'assurance à un prix de vente? C'est que le prix de vente est la représentation exacte de la chose aliénée, c'est qu'au cas d'aliénation suivie de purge ou d'expropriation forcée, les créanciers voient transporter leurs droits de préférence sur le prix.

Le prix, qui est la contre-partie exacte de la chose aliénée, est donc subrogé à cette chose. Dire par suite que l'on assimile l'indemnité d'assurance à un prix de vente, c'est admettre tout simplement que le législateur, pour des raisons pratiques, considère l'indemnité d'assurance, comme l'équivalent exact de la chose détruite, et transporte sur elle, par voie de subrogation, les droits de préférence que les créanciers hypothécaires auraient exercés, en cas d'aliénation, sur le prix.

L'indemnité d'assurance qui, comme un prix de vente, se trouve affectée par préférence aux créanciers hypothécaires à la place de la chose détruite, lui sera donc subrogée réellement.

Mais, dira-t-on, comment parler de subrogation réelle en cette matière, puisque la subrogation, d'après votre système, ne peut transférer d'un bien à un autre que les seules

qualités qui expriment son affectation à un usage déterminé, et qu'elle ne peut jamais transmettre les qualités de meuble ou d'immeuble qui dépendent de la nature physique du bien ?

Il est donc impossible d'admettre cette subrogation sans attribuer fictivement à l'indemnité d'assurance le caractère d'une chose immobilière (1), puisque seuls, dans notre législation, les immeubles sont susceptibles d'être hypothéqués.

L'objection ainsi formulée est facile à réfuter, car elle ne tient pas compte suffisamment de l'organisation de notre régime hypothécaire (2). Sans doute l'article 2118 déclare bien que les hypothèques ne peuvent être établies que sur des immeubles. Seulement l'article 2118 vise le droit d'hypothèque complet comprenant à la fois le droit de suite et le droit de préférence. Or il arrive que dans certains cas ce droit des créanciers hypothécaires se trouve réduit à un simple droit de préférence. Ceci a lieu au cas d'aliénation suivie de purge, et au cas de saise du bien (art. 717 modifié du Code de procédure), les droits des créanciers hypothécaires étant alors réduits à un simple droit de préférence à exercer sur le prix. Ceci a lieu également chaque fois qu'un texte légal consacre la survie du droit de préférence au droit de suite. Et ce droit de suite se restreint si bien avec les nécessités du crédit, que l'on peut citer en ce sens toute une série de lois nouvelles : à la loi du 21 mai 1858 qui modifie l'article 717 du Code de procédure, on peut ajouter aujourd'hui l'article 6 de la loi du 23 mars 1855 et la loi du 13 février 1889.

(1) Voir cette objection retenue par Saleilles dans sa note au S. 94.2.185.

(2) Voir en ce sens : note Demogue, S. 1906.2.138, col. 2 et 3.

Or, dans toutes ces hypothèses, où le droit de préférence, est indépendant du droit de suite, il est susceptible de s'exercer sur une chose mobilière ; en fait, il ne peut plus même s'exercer que sur une chose mobilière, puisqu'il porte toujours sur la créance du prix.

On voit donc que la subrogation ne transporte pas de la chose détruite à l'indemnité d'assurance tout le droit d'hypothèque, mais simplement le droit de préférence. Or, le droit de préférence est susceptible de s'exercer aussi bien sur une chose mobilière que sur une chose immobilière, parce qu'il n'est pas inhérent à un bien déterminé, et qu'il ne traduit en définitive que l'affectation spéciale de ce bien à certains créanciers plutôt qu'à d'autres.

C. — *Dans quelles conditions la subrogation sera-t elle opposable au débiteur de l'indemnité de responsabilité ou d'assurance* ? (Loi de 1889, art. 2, al. 2) (1). — Le système de la subrogation réelle, très facile à défendre sur le terrain de la théorie pure, est aussi celui qui pratiquement donne les meilleurs résultats lorsqu'il s'agit de déterminer les conditions auxquelles le débiteur de l'indemnité (assureur, locataire ou voisin) devra se soumettre pour faire un paiement valable et opposable aux créanciers hypothécaires.

La loi décide bien, dans son alinéa 2 (art. 2), que « les paiements faits de bonne foi avant opposition seront valables ». Mais quelle portée exacte convient-il de donner à ce texte ?

Les auteurs qui partent uniquement de l'idée d'assimila-

(1) Dans les explications qui vont suivre, nous joindrons la question de l'indemnité de responsabilité à celle de l'indemnité d'assurance, le débiteur de l'indemnité étant dans tous les cas traité de la même manière.

tion de l'indemnité à un prix de vente, sont naturellement portés à faire du débiteur de l'indemnité, une sorte d'acquéreur d'une chose hypothéquée, qui ne peut se libérer valablement de l'hypothèque qu'en observant les formalités de la purge ; par suite, l'article 2 ne peut être pour eux qu'une exception étroite aux règles ordinaires de notre régime hypothécaire. Mais dans quelles mesures ces règles ordinaires vont-elles entrer en jeu ? C'est ici que l'on retombe forcément dans le domaine du doute et de l'arbitraire.

Au contraire, avec la théorie de la subrogation réelle, qui ne fait du principe d'assimilation de l'indemnité de prix qu'une application limitée, on retrouve le champ libre.

On reconnaît que l'idée d'assimilation de l'indemnité au prix est exacte dans les rapports entre la victime du sinistre et ses créanciers, puisqu'elle est la raison d'être de la subrogation qui se produit, mais que cette idée est étrangère au rapport entre les créanciers et le débiteur de l'indemnité, ce dernier ne devant pas être traité comme l'acquéreur d'un bien hypothéqué. Ce débiteur se trouve en réalité dans une situation nouvelle, non encore prévue par aucun texte. Par suite, on doit faire, du seul texte qui régit aujourd'hui la question, un principe général, sans restrictions ni limites.

Ainsi compris, l'article 2 (al. 2) soulève trois sortes de difficultés : 1° Que doit-on entendre exactement par la *bonne foi* du débiteur de l'indemnité ? Il semble que cette bonne foi consiste simplement dans le fait d'ignorer l'existence des créances hypothécaires, mais que la loi n'impose pas au débiteur l'obligation de prendre connaissance par lui-même des hypothèques, soit en consultant les registres, soit en réclamant au propriétaire du bien détruit un état négatif d'inscription délivré par le conservateur (1).

(1) Arg. *a contrario* de l'article 17 de la loi de 1874, aujourd'hui abrogé.

2° Cette bonne foi cesse du jour où le débiteur a personnellement connaissance des hypothèques ; de ce jour, il ne peut plus se libérer qu'après entente préalable avec les créanciers hypothécaires.

C'est pourquoi la jurisprudence s'est montrée très large pour admettre qu'il y avait *opposition*. L'opposition, pour elle, n'est pas autre chose qu'une simple déclaration, écrite ou verbale, faite au débiteur (1).

Elle a décidé également que la saisie-arrêt faite sans titre, vaudrait au moins comme opposition, et que l'opposition faite sans autorisation du juge, serait valable (2).

3° Enfin, si on rejette la théorie de la cession légale, rien n'empêche d'admettre que le *règlement de l'indemnité* aura lieu d'un commun accord entre le débiteur, la victime du sinistre, et ses créanciers. L'initiative du règlement amiable ou judiciaire appartiendrait pourtant au créancier de l'indemnité (bailleur ou assuré) (3).

§ 4. — Subrogation de l'indemnité d'assurance au bien grevé d'usufruit.

Bien que cette question soit très complexe, nous n'aurons guère pour la résoudre que les enseignements du droit comparé (4), puisque, sur ce point, la loi française est muette.

1° Auparavant, une question préalable se pose. Dans quelle mesure l'usufruitier et le nu propriétaire doivent-ils contribuer à l'assurance du bien grevé d'usufruit ?

(1) Trib. Montpellier, 12 mai 1892, S. 97.2.182 ; Cass , 15 janvier 1901, D. 1901.1.103, S. 1905.1.518.

(2) Cass., 19 juin 1897, S. 98.1.169 ; Toulouse, 27 mai 1890, S. 90.2.173.

(3) Trib. Brives, 18 décembre 1889, S. 90.2.174 ; Nancy, 8 novembre 1902, S. 1904.2.241, note Tissier.

(4) Voir plus haut notre titre I, chap. III. *Législations étrangères.*

Logiquement, il serait naturel d'imposer à l'usufruitier, qui a la jouissance des revenus, la charge de faire assurer le bien intégralement et de payer les primes d'assurance. Et c'est, nous l'avons déjà vu, la solution adoptée en fait par la loi allemande (art. 1045).

Malheureusement, il est difficile, dans le silence des textes, de mettre à la charge de l'usufruitier une pareille obligation. Et c'est pourquoi il nous faut prévoir toute une série de combinaisons :

Ou bien le nu propriétaire a simplement assuré son droit de nue propriété, et l'usufruitier n'a aucun droit sur l'indemnité ;

Ou bien c'est l'usufruitier qui a seul assuré son droit d'usufruitier, et qui seul peut ainsi prétendre à une indemnité ;

Ou bien, et c'est le cas qui va désormais nous retenir, l'assurance de la toute propriété du bien a été faite intégralement par l'usufruitier ou par le nu propriétaire.

2° C'est alors que — sauf règlement au sujet du paiement des primes — va se poser la question de la subrogation. Il s'agit de savoir si l'usufruitier et le nu propriétaire continueront à exercer leurs droits respectifs sur le montant de l'indemnité comme sur la chose détruite ? En faveur de cette subrogation, on peut faire valoir un argument rationnel et des arguments de textes. On peut dire qu'il est naturel que l'indemnité d'assurance, — qui semble ici par exception la représentation exacte du bien sinistré — soit grevée, dans le patrimoine du nu propriétaire, de l'affectation qui portait sur la chose détruite ; que du moment que la loi de 1889 transporte le droit d'hypothèque de la chose sur l'indemnité, il est logique d'y transporter également le droit d'usufruit qui est un droit réel au moins aussi énergique

que le droit d'hypothèque ; qu'enfin l'article 39 de la loi de 1841 subroge l'indemnité d'expropriation à la chose grevée d'usufruit, et que cette décision peut être également étendue aux indemnités de responsabilité ou d'assurances.

3° Toutes ces raisons commandent, sans aucun doute, la subrogation et elles nous permettent même de trancher une difficulté secondaire. Nous croyons que, comme aux termes de la loi allemande (art. 1046, al. 2), l'usufruitier et le nu propriétaire sont en droit d'exiger le remploi de l'indemnité en un bien nouveau, qui sera toujours comme le bien détruit affecté à leurs intérêts respectifs.

Conclusion. — A la suite de cette étude, on voit que la subrogation réelle conventionnelle intervient non seulement chaque fois qu'une chose affectée a été aliénée et remplacée, conformément à la clause d'affectation antérieure, par un bien de même valeur ; mais qu'elle peut également se produire dans les mêmes conditions, lorsque la chose affectée est sortie des mains de son propriétaire sans le consentement de ce dernier, à la suite soit d'une expropriation, soit d'une destruction accidentelle.

Toute indemnité, qui peut être considérée comme la représentation exacte de la chose disparue, se trouve lui être subrogée. Et cette subrogation apparaît alors comme la conséquence de la clause d'affectation préalable, qui comprend dans sa généralité non seulement les biens présents, mais encore tous les biens futurs qui leur auraient été substitués dans la suite.

TITRE III

DE LA SUBROGATION RÉELLE LÉGALE

Sous ce titre, nous envisagerons toutes les hypothèses de subrogation réelle, dont le fondement commun est une obligation de restitution imposée par *la loi* à certaines personnes, en dehors de toute clause d'affectation.

CHAPITRE PREMIER

DES CAS OU SE PRODUIT CETTE SUBROGATION.

Précisons les conditions juridiques dans lesquelles se produira cette subrogation.

Un bien est aliéné par un non-ayant droit ; en principe, un telle aliénation n'est pas opposable au véritable propriétaire qui conserve le droit de revendiquer sa chose même entre les mains des tiers-acquéreurs.

La revendication du propriétaire est pourtant impossible dans certains cas, soit en vertu d'un texte légal, soit par suite d'une décision de jurisprudence ayant pour but la protection des tiers dans un intérêt de crédit public. C'est ainsi que l'article 2279 s'oppose à la revendication des meubles corporels, contre le possesseur de bonne foi ; que l'article 2265 permet à l'acquéreur de devenir propriétaire par dix à vingt ans de prescription, s'il était de bonne foi ; que l'article 132 du Code civil protège les droits des tiers au cas d'absence, en déclarant opposable à l'absent les aliénations faites par l'envoyé en possession.

Une jurisprudence certaine déclare également opposable à l'héritier véritable la vente d'un bien héréditaire faite par l'héritier apparent avant le jour de la demande en pétition d'hérédité (1) ; enfin, dans l'hypothèse où un titre nominatif

(1) Voir, pour plus de précision sur ce point les arrêts cités plus loin (sect. I, pétition d'hérédité).

a été immatriculé au nom d'une personne à la suite d'une cession à elle faite par un autre que le titulaire, agissant sans mandat, la jurisprudence admet aussi la validité de l'aliénation (1).

Or, à la suite de ces aliénations à titre onéreux, le prix peut être encore dû, ou s'il a été payé, d'autres biens ont probablement été acquis en remploi ; le bien cédé peut avoir été également échangé contre un autre bien. Il s'agit de savoir si l'on considérera les biens ainsi acquis comme subrogés aux biens aliénés, et par suite comme susceptibles de revendication de la part du propriétaire ? Il importe de bien préciser la difficulté à résoudre. Notre but n'est pas simplement de rechercher, si une indemnité peut être due, dans ces conditions, au propriétaire, soit par application de la théorie de l'enrichissement sans cause, soit pour tout autre motif ; la question qui nous préoccupe est beaucoup plus complexe : nous avons à nous demander si le droit de propriété du réclamant peut être considéré comme comprenant aussi la contre-valeur des biens aliénés ; si le revendiquant est également propriétaire du prix des biens aliénés, des choses acquises en remploi ou en échange ? Ce n'est que dans ces termes exacts que se pose le problème de la subrogation, dont l'intérêt pratique est facile à apercevoir.

Au moment de l'échange ou de l'acquisition en remploi, les biens ainsi obtenus ont le plus souvent une valeur voisine de celle des biens aliénés ; mais à mesure que l'on s'éloigne de cette époque, des inégalités de valeur vont apparaître et s'accentuer.

(1) Principe posé dans Cass. civ., 20 juin 1876, S. 77.1.450. — Voir aussi note Wahl dans S. 98.2.289. — Voir sur toute cette question, Demogue, *op. cit.*, p. 25.

La fortune immobilière, surtout dans les villes, est sujette à des variations nombreuses ; ceci est encore plus vrai pour les valeurs mobilières, dont le cours, en l'espace de quelques années, peut augmenter ou diminuer d'une façon considérable.

La subrogation peut donc être tantôt avantageuse, tantôt défavorable au revendiquant, selon que les biens ainsi acquis auront fait l'objet d'une plus-value, ou d'une moins-value.

§ 1. — Système de Demogue.

Le système de M. Demogue (1) est, de prime abord, aussi simple que séduisant. Il nous conduit à admettre la subrogation, dans tous les cas, sans distinguer si les biens ainsi réclamés ont le caractère de biens isolés ou de biens faisant partie d'une universalité. « Lorsque dans un intérêt de crédit, déclare notre auteur (2), la loi admet qu'un droit soit perdu pour son titulaire sans le consentement de ce dernier, celui-ci exerce alors un droit analogue sur les biens que l'aliénateur a acquis en échange ou en remploi du prix. »

Cette solution se justifie, d'après Demogue, par cette idée que le possesseur ne doit réaliser, aux dépens du propriétaire, aucun enrichissement injuste. En gardant pour lui le prix des biens aliénés ou les choses acquises en remploi ou en échange, il léserait le véritable propriétaire ; celui-ci a donc contre lui pour l'obliger à restituer, l'action *de in rem verso*. L'objet matériel de l'action *in rem verso* consiste dans la restitution en nature de la chose dont l'un des patrimoines a été dépouillé au profit de l'autre, chaque fois que cette

(1) Demogue, *op. cit.*, p. 24.
(2) Demogue, p. 29.

restitution est possible en fait ou en droit, et au cas contraire dans la restitution de la valeur qui en forme la représentation. *Aut ipsum, aut tantundem repetitur* (1).

Or comment, dans les hypothèses que nous avons envisagées, apprécier plus exactement l'enrichissement qu'en obligeant le possesseur à restituer la contre-valeur des choses aliénées, c'est-à-dire la créance du prix, et les biens acquis en échange ou en remploi. L'action *de in rem verso*, dans ce cas, tend donc à la restitution de la chose elle-même, son objet n'est plus une dette de somme d'argent, mais une dette de corps certain ; par suite, la propriété se transférant par le seul effet des obligations (art. 1138), le demandeur prendra les biens acquis en remploi ou en échange à titre de propriétaire. Comme tel, il échappera à la loi du concours et n'aura pas à souffrir de l'insolvabilité du défendeur. C'est la justification de la subrogation, dans tous les cas, sans distinction entre les biens isolés, et les biens faisant partie d'une universalité.

Ce système invoque enfin en sa faveur (2) l'article 818 du nouveau Code civil allemand, qui semble consacrer la subrogation d'une façon générale comme conséquence de sa théorie de l'enrichissement sans cause.

§ 2. — Critique du système de Demogue.

Le système de M. Demogue nous semble reposer sur une confusion probablement voulue (3), que notre auteur essaie

(1) Aubry et Rau, t. VI, § 578, p. 246 et 247. — Voir aussi sur l'enrichissement sans cause : Planiol, *Manuel*, II, p. 811 et 812, 932 et suiv., note dans D. 91.1.49 ; Ripert et Tesseire, *Rev. trim.*, 1904, n° 4, p. 727 à 796.

(2) Demogue, *op. cit.*, p. 26, note 1.

(3) Afin de donner une portée plus étendue encore à la théorie de la subrogation.

d'établir entre l'action personnelle en restitution ou action *de in rem verso*, et l'action réelle, ou « action en revendication ». L'action réelle est exercée par le propriétaire contre le possesseur de la chose, elle n'est plus possible, en principe, du jour où le possesseur a cessé de posséder (1). Dans les conditions où nous nous trouvons, l'action réelle ne peut plus être dirigée, ni contre le tiers détenteur, ni contre l'aliénateur. Il ne reste au propriétaire qu'une simple action personnelle, l'action *de in rem verso* (2).

Le réclamant ne se présente donc plus comme propriétaire de sa chose, comme investi d'un droit réel opposable à tous ; mais comme simple créancier de sa valeur, comme muni d'un droit personnel et limité. Sans doute, la restitution devra avoir lieu en nature, chaque fois qu'elle sera possible. Mais, il n'en est pas moins vrai que cette restitution ne saurait faire obstacle aux droits des créanciers de l'enrichi, qui ont sur les choses acquises, les mêmes droits que le lésé lui-même. Le lésé n'a pas de droit spécial sur les biens obtenus en échange ou en remploi des biens aliénés ; il est obligé, sur ces biens, comme sur tous les autres biens du patrimoine de son débiteur, de subir le concours des créanciers personnels de l'enrichi, sans qu'il puisse se prévaloir vis-à-vis d'eux d'une cause légitime de préférence. En cas de faillite ou de déconfiture de l'enrichi, il ne peut réclamer les choses en question par voie de distraction.

L'article 1138, décide bien que l'obligation de livrer est parfaite par le seul consentement des parties contractantes,

(1) Voir pourtant note Nast, au D. 1910.1.201.

(2) Voir la différence entre l'*actio de in rem verso* et la revendication dans Planiol, *Manuel*, t. II, n° 938 *bis*, et Ripert, article cité, p. 790.

et qu'elle rend le créancier propriétaire du jour de la convention (1) ou du jour où la chose aurait dû être livrée. Mais il est bien évident qu'un tel article ne s'applique qu'aux dettes de corps certains et que nous croyons que dans notre espèce il est absolument impossible de considérer l'action *de in rem verso* comme ayant pour objet autre chose qu'une somme d'argent (2). L'action *de in rem verso* s'oppose nécessairement dans ce cas à l'action en revendication qui seule a pour objet la restitution d'un corps certain.

Demogue se retranche enfin derrière l'autorité d'Aubry et Rau (3). Ces auteurs décident, comme nous l'avons admis nous-mêmes, que la restitution doit avoir lieu en principe en nature, mais, ils ajoutent qu'elle aura lieu par équivalent, chaque fois qu'un obstacle de fait ou de droit en rendra l'exécution impossible. Or, ici, l'intérêt des créanciers est justement l'obstacle de droit qui empêche cette restitution en nature, et qui ne laisse place qu'à l'exécution par équivalent. Il faut distinguer deux séries de rapports juridiques, entre l'enrichi et le lésé qui a un droit ferme à obtenir les choses dont il a été injustement dépouillé, et entre le lésé et les créanciers de l'enrichi qui ont sur ces choses les mêmes droits que le lésé lui-même. C'est ainsi que les époux, en paiement des récompenses, qui leur sont dues par la communauté, ont le droit de prélever en nature des biens jusqu'à due concurrence (art. 1470). Or, personne n'admet plus aujourd'hui que les époux soient propriétaires de leurs reprises, au moins à l'encontre de leurs créan-

(1) Comme par exemple au cas de vente (art. 1583).

(2) *Sic* : Planiol, *Manuel*, t. II, n° 938 *bis*.

(3) Demogue, note 1, p. 26 citant ; Aubry et Rau, t. VI, § 578, p. 246 et 247.

ciers (1). Cette question, comme la nôtre, ne vise que le règlement des parties entre elles, et laisse complètement en dehors le droit des créanciers.

Quant à l'argument tiré du droit allemand, sa portée nous semble bien restreinte. Nous avons déjà montré combien la signification véritable de l'article 818 est difficile à dégager, combien est discutable son intervention dans la question qui nous occupe (2). Et même en supposant la théorie de Demogue consacrée par le droit allemand, cette solution n'aurait jamais que la valeur d'un système de droit comparé dont l'extension actuelle au droit français nous semble complètement impossible.

§ 3. — Système proposé : distinction entre les actions réelles générales et spéciales.

La théorie de la subrogation ne se confond donc pas, pour nous, avec celle de l'enrichissement sans cause. Bien que ces deux questions soient en fait souvent associées (3), il

(1) Planiol, t. III, p. 1274 et 1276.

(2) V. plus haut notre *Etude sur le droit allemand*, tit. I, chap. III, § 2.

(3) Selon le fondement rationnel que l'on assigne à la théorie de l'enrichissement sans cause, elle se trouve être plus ou moins voisine de celle de la subrogation réelle. Deux systèmes sont aujourd'hui principalement soutenus : 1° *Dans la théorie de Planiol.* On fait de l'action *de in rem verso* une action délictuelle. Cette action s'expliquerait par cette idée « que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui » ; et serait par suite une action en réparation du dommage causé à autrui. — V. Planiol, *Manuel*, t. II, n°s 811 et 812, 932 et suiv.

2° *Dans la théorie de Ripert* (Ripert et Tesseire, *Rev. trim. droit civil*, 1904, n° 4, p. 727 à 796) On considère l'enrichissement sans cause comme la contre-partie de la théorie du risque. Cette théorie se formule ainsi : « Toute activité doit subir les conséquences dommageables qui résultent de son exercice et les réparer.

Par contre toute activité doit pouvoir revendiquer les conséquences

y a un intérêt considérable, au point de vue théorique, à bien les séparer. Et c'est désormais en faisant abstraction des conséquences de l'enrichissement injuste, que nous exposerons notre théorie de la subrogation.

A. — Pour résoudre dans ces termes la difficulté, il nous suffira de remonter aux principes généraux du droit. La notion du droit réel et personnel a été particulièrement creusée dans ces derniers temps. Les auteurs se sont efforcés de dégager le critérium de la distinction entre le droit réel et de créance (1), mais ils se sont surtout placés au point de vue des sujets actifs ou passifs de ces droits. Or le droit réel s'oppose également au droit personnel lorsqu'on l'envisage dans son contenu objectif. Le droit de créance consiste à obtenir d'une personne une prestation ou une

utiles de son œuvre. Dans ce système l'action *de in rem verso* devient une « action en réclamation de valeur créée ».

En tenant compte des observations très exactes de Loubers (Loubers, *Revue critique*, 1912, p. 396), nous ferons observer que cette conception de l'enrichissement sans cause est par trop étroite, puisque l'enrichissement peut résulter non seulement de l'activité du demandeur, mais encore de celle du défendeur ou de la nature des choses. Seulement dans ces cas il est exact de reconnaître que l'enrichissement n'a été obtenu qu'en utilisant une valeur qui appartenait originairement au demandeur (ou au défendeur).

En précisant la théorie de Ripert, on pourrait donc dire : « Que toute personne peut réclamer tout enrichissement, c'est-à-dire toute création de valeur qui n'a été obtenue que grâce à une valeur lui ayant appartenu ». Ainsi comprise, la théorie de l'enrichissement est très voisine de celle de la subrogation réelle. Pourtant elle ne se confond pas avec elle. La théorie de l'enrichissement sans cause, ne donne jamais ouverture qu'à une simple action personnelle, tandis qu'au cas de subrogation le demandeur se trouve armé d'un véritable droit réel opposable à tous.

(1) Voir surtout Planiol, *Manuel*, t. I, § 2158 et suiv., p. 185 ; Demogue, *Notions fondamentales*, p. 405 et suiv.

abstention ; or cette prestation et cette abstention présentent toujours une valeur pécuniaire, de sorte qu'en cas d'inexécution, elles vont se résoudre en dommages et intérêts (art. 1142, C. civ.) (1). Le droit de créance est donc avant tout le droit de réclamer une somme d'argent représentant la valeur de la prestation promise. On a parfois défini (2) le droit de créance un droit réel indéterminé, prétendant montrer par là que le droit de créance, s'il impose une obligation à une personne, est avant tout un droit sur les biens, un *jus ad rem*, et en déduire par suite la possibilité de la cession de dettes. Sans discuter ici cette conception très originale du droit personnel nous retiendrons seulement la définition qui en a été donnée, car elle exprime selon nous une idée très exacte, et nous présente un aspect, beaucoup trop négligé jusqu'ici, de la distinction entre les droits personnels et réels.

1° Le droit de créance étant le plus souvent un droit *indéterminé* quant à l'objet matériel sur lequel il porte, est avant tout *un droit à une valeur*, abstraction faite des biens qui l'incarneront.

2° Tout le monde enseigne, au contraire, que le droit réel, en particulier le droit de propriété, a pour objet une chose forcément déterminée non seulement dans son genre, mais encore dans son espèce (3). Par suite, lorsque cette

(1) Sans doute l'exécution devra avoir lieu en nature chaque fois qu'elle sera matériellement possible, mais il est des cas où cette exécution ne sera possible que par équivalent : par saisie des biens du débiteur.

(2) *Sic* : Gaudemet, *Transport de dette à titre particulier*, thèse Dijon, 1898, p. 30 et 31. — Voir aussi Planiol, *Manuel*. t II, n° 394 ; Gazin, thèse citée, p. 454 ; Demogue, *Notions fondamentales*, p. 412.

(3) *Sic* : Demogue, *Notions fondamentales*, p. 412 ; Capitant, *Intro-*

chose sera définitivement sortie des mains du possesseur, le droit réel s'éteindra sans qu'il puisse porter sur le prix, ou sur le bien acquis en remploi. Le réclamant ne sera plus considéré, à l'encontre du possesseur, comme propriétaire du prix de la chose aliénée, mais comme simple créancier de sa valeur. Le droit réel n'est donc pas susceptible de changement dans son contenu, parce qu'il *ne porte pas sur une valeur pécuniaire, mais au contraire sur un objet déterminé* (1). Cette conclusion semble la négation même de l'idée de subrogation. Est-ce à dire, toutefois, que nous ne l'admettrons jamais lorsque les biens, représentant la contre-valeur de biens aliénés seront réclamés par voie d'action réelle ? Assurément non ; c'est qu'en effet, si d'ordinaire le droit de propriété porte simplement sur certaines choses individuellement déterminées, il peut aussi comprendre un ensemble de biens envisagés dans leur valeur pécuniaire, c'est-à dire un patrimoine ou une universalité. Lorsqu'un individu se présente comme propriétaire d une universalité, son droit porte sur la valeur de l'ensemble, valeur que l'on peut chiffrer à tout moment en déduisant le passif de l'actif.

Cette universalité, en fait, va subir bien des fluctuations, bien des transformations, mais ces fluctuations et ces trans-

duction au droit civil, 3e édit., 1912, p. 94. — Voir aussi en ce sens : Pothier, *Traité du domaine de propriété*.

(1) On est propriétaire de telle ou telle maison, de tel ou tel champ, voire même de telle ou telle « valeur mobilière » représentée par le titre qui l'incarne. On n'est pas propriétaire d'une valeur pécuniaire purement idéale, qui ne serait pas représentée par un bien corporel, ou incorporel. Nous laissons ici de côté la propriété littéraire, industrielle ou artistique dont le véritable caractère est plus difficile à dégager.

formations vont laisser subsister intact le droit du propriétaire.

Comme on ne considère l'universalité et les biens dont elle se compose qu'au seul point de vue de leur valeur pécuniaire, tout bien acquis en échange ou en remploi va faire partie de l'universalité ; l'aliénation à titre onéreux d'une *res universitatis* ne faisant ainsi sortir une valeur de l'universalité que pour y faire rentrer une valeur équivalente. L'universalité, malgré l'aliénation, n'a pas changé, est restée la même, puisqu'elle est indépendante de la nature individuelle des biens qui la composent et qui n'y sont envisagés qu'au point de vue de leur valeur pécuniaire. Les biens d'une universalité peuvent donc se substituer les uns aux autres sans que le droit du titulaire n'en soit modifié. C'est ce résultat que l'on exprime en disant que les éléments du patrimoine sont choses fongibles. « Les éléments dont se compose le patrimoine, écrivent MM. Aubry et Rau (1), se ramenant en qualité de biens à l'idée commune d'une valeur pécuniaire, revêtent par cela même, les uns à l'égard des autres, le caractère de choses fongibles.

En résumé, il faut distinguer selon que l'objet du droit de propriété est une chose isolée ou une universalité. Au premier cas, la propriété est limitée aux seuls objets qu'elle comprenait originairement, et on ne saurait arbitrairement l'étendre aux biens acquis en échange ou en remploi ; dans le second cas, au contraire, la propriété étant avant tout le droit à une valeur, se perpétue à travers les transformations matérielles dont celle-ci peut être l'objet.

B. — Si donc on réclame des biens par voie d'action réelle, la subrogation n'interviendra que si l'objet de la ré-

(1) Aubry et Rau, VI, § 575, p. 235.

clamation consiste dans une universalité de droit ou de fait; si, au contraire, on revendique des biens isolés, il n'y aura plus de subrogation possible.

La subrogation n'aura donc lieu que dans l'action réelle générale et non dans l'action réelle spéciale (1). Et c'est cette distinction qu'exprime l'adage *In judiciis universalibus pretium succedit et res loco pretii*, auquel on peut opposer l'adage contraire *In singularibus loco rei judiciis.*

Nous avons déjà dégagé, au point de vue historique (2), la portée véritable de cet adage, *In judiciis universalibus*, et montré que s'il était étranger à la subrogation réelle conventionnelle, il s'appliquait au contraire d'une façon très exacte à la subrogation légale, pour en préciser les conditions juridiques Au point de vue moderne, sa signification nous paraît être identique.

a) Cette distinction entre les actions réelles générales et spéciales a été très vivement critiquée par Demogue (3). Le droit moderne, dit-il, ne connaît plus les actions universelles, aujourd'hui il n'existe jamais que des revendications de biens isolés. Tout autre était la conception des jurisconsultes romains. Une des règles générales de la procédure romaine était qu'une action ne pouvait s'exercer qu'à raison d'un objet unique... C'est ainsi qu'un homme à qui on avait volé son attelage devait suivre, pour le réclamer au tiers possesseur, la marche suivante : il lui fallait, par des revendications spéciales, réclamer le cheval, la voiture, et chacune des choses qu'elle contenait,autant d'objets à récla-

(1) C'est le système proposé par M. Planiol, note au D. 1902.1.33.
(2) Voir plus haut notre étude de la maxime *In judiciis universalibus.*
(3) Voir note 1, page suivante.

mer, autant d'actions à intenter (1). Au contraire, il était possible de revendiquer par une seule et même action, la *petitio hereditatis*, tous les biens compris dans une hérédité. Et c'est pourquoi cette action était dite « universelle ».

Or cette distinction, qui s'imposait à Rome comme conséquence de l'organisation de la procédure, surtout de la procédure formulaire, est étrangère à la procédure moderne, qui n'est plus enfermée dans le cercle étroit des formules. On doit donc aujourd'hui entièrement assimiler la pétition d'hérédité à la revendication.

b) Cette démonstration ne nous semble pas entièrement convaincante. Sur le terrain de la procédure, tout d'abord, il est inexact d'assimiler entièrement l'action en revendication et l'action en pétition d'hérédité, car elles se différencient sur certains points. Nous nous bornerons à les opposer l'une à l'autre au point de vue de la compétence *ratione personæ*. Alors en effet que l'action en revendication (2) est portée selon qu'elle a pour objet une chose mobilière ou immobilière, soit devant le tribunal du domicile du défendeur, soit devant le tribunal de la situation de l'objet litigieux, l'action en pétition d'hérédité doit toujours être intentée, déclare une jurisprudence constante (3), devant le tribunal du lieu où la succession est ouverte. La doctrine conteste généralement cette solution (4), en prétendant que

(1) Demogue, *op. cit.*, p. 54 et 58. — Voir aussi Aurenge, thèse citée, p. 37, 38 et 39.

(2) Voir Garsonnet, *Manuel de Procédure civile*, nos 95, 165, 169.

(3) Voir Dijon, 18 février 1904, *Rev. Enreg.*, 1904, p. 411 ; Paris, 19 juin 1893, D 94.2.513, avec note Despagnet. — Voir aussi Wahl, *Successions*, t I, p 680, note 1.

(4) Voir sur cette question, opinions résumées dans Wahl, t. I, nos 881 et 884. La jurisprudence admet que la pétition d'hérédité a un caractère mixte.

l'article 59, alinéa 6, du Code de procédure n'est pas applicable à la question (1). D autres auteurs soutiennent également que l'action en pétition d'hérédité est une action personnelle ou une action mixte. Pour nous, cette question n'est guère discutable. L'action en pétition d'hérédité est bien une action réelle, elle n'a jamais le caractère d'une action personnelle, pour cette bonne raison que, lors même que la succession comprendrait des créances, ces créances ne sont pas réclamées, à l'encontre du débiteur en vertu d'un droit personnel, mais à l'encontre du possesseur en vertu d'un droit de propriété ; elle n'a pas le caractère non plus d'une action mixte, car elle consiste uniquement dans la revendication générale du patrimoine, et la preuve de la qualité d'héritier que le demandeur doit établir pour triompher ne modifie en rien le caractère de cette action. La pétition d'hérédité est une action réelle au même titre que la revendication dans laquelle le demandeur n'obtient également gain de cause qu'à la condition de justifier de son droit de propriété.

Mais il est impossible de traiter cette action réelle, qui a pour objet tout un patrimoine, comme la revendication qui ne porte jamais que sur une ou plusieurs choses isolées, et c'est ce que la jurisprudence a parfaitement compris en lui étendant la solution donnée par l'article 59, alinéa 6, du Code de procédure.

Cette solution de la jurisprudence s'explique donc, selon nous, par cette idée que l'on ne peut assimiler entre elles deux actions aussi différentes que sont en fait la revendication et la pétition d'hérédité.

(1) C'est ce que soutient Wahl, n° 886, p. 680. — Voir aussi Garsonnet, t. I, p. 703, § 167, note 11, et p. 710, § 170, note 5.

Alors que l'une tend à la restitution de choses déterminées, l'autre vise la réclamation d'un patrimoine pris en bloc, et qui se chiffrera en définitive, une fois la liquidation terminée, par une certaine somme d'argent. Alors que l'une n'est plus possible du jour où les choses sont sorties des mains du possesseur (1), l'autre peut toujours être intentée tant que le défendeur détient des valeurs héréditaires (2), quelle qu'en soit l'origine. Alors que l'une exclut la possibilité de la subrogation, l'autre l'admet toujours forcément.

En guise de *conclusion*, nous maintiendrons donc les deux adages contraires *in judiciis singularibus* et *in judiciis universalibus* et nous rattacherons à chacun d'entre eux un chapitre différent.

(1) Réserve faite toujours de l'arrêt déjà cité, D. 1910.1.201.

(2) A titre naturellement de possesseur *pro herede*. — On admet même que l'action est possible contre le possesseur qui ne possède plus rien — car alors il reste toujours tenu de la *valeur* de la succession qui est égale à zéro. — Cette solution, qui évidemment ne s'applique pas à la revendication, est bien difficile à justifier lorsqu'on assimile à cette action la pétition d'hérédité. — Voir Wahl, t. I, n° 894. — Voir aussi Aubry et Rau, t. VI, p. 430, § 616, note 9.

CHAPITRE II

DE L'ACTION RÉELLE SPÉCIALE OU REVENDICATION D'OBJETS ISOLÉS.

Le principe est que la subrogation n'a pas lieu dans la revendication de biens isolés qui reste aujourd'hui encore régie par l'adage : *In judiciis singularibus res non succedit loco pretii nec pretium loco rei.*

1° Si donc le possesseur a aliéné la chose, il n'est tenu de la restitution du prix, qui représente le montant de son enrichissement, qu'au moyen d'une simple action personnelle, et il ne peut jamais être contraint de livrer les biens qu'il a acquis en placement ou en échange du bien aliéné.

2° En cas de perte de la chose, l'indemnité d'assurance ou de responsabilité n'est pas subrogée de plein droit à la chose elle-même, et ne peut donc être réclamée à sa place par voie d'action réelle. Le possesseur est simplement tenu, au moyen de l'action *de in rem verso*, de l'abandonner au propriétaire, et encore dans la seule mesure où celle-ci constituerait en sa faveur un enrichissement sans cause (1).

3° Dans certains cas, s'il était de mauvaise foi, le possesseur pourra être tenu de dommages et intérêts envers le propriétaire. Mais, ces dommages et intérêts ne seront dus que sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, et en dehors de toute idée de subrogation.

(1) Si, par exemple, il avait fait assurer le bien, il ne devrait restituer l'indemnité que déduction faite du montant des primes.

On ne doit déroger à ces principes très simples, que lorsqu un texte de loi formel impose la solution contraire. Ces textes sont du reste assez rares ; nous indiquerons dans cette étude les principaux.

§ 1. — Subrogation dans les conditions de l'article 575 du Code de commerce.

a) Des marchandises ont été remises entre les mains d'un failli, soit à titre de dépôt, soit pour être vendues pour le compte du propriétaire (1). La revendication de ces marchandises en est naturellemeut possible tant qu'elles se retrouveront en nature dans le patrimoine du failli (art. 575, al. 1). Mais supposons que ces choses aient été aliénées ; du jour de l'aliénation le revendiquant cesse d'en être propriétaire ; il n'est plus que créancier de leur valeur, par suite réduit à un simple dividende.

Toutefois la loi, pour des motifs d'équité, subroge ici le prix à la chose et permet au commettant de revendiquer le prix à la place de sa chose. Il faut naturellement, pour qu'une telle subrogation soit possible, que la créance du prix soit encore individualisée ; du jour en effet où le prix a été payé, les deniers sont confondus dans le patrimoine du commissionnaire avec ses biens propres, et la revendication est en fait écartée (art. 575, al. 2).

b) La jurisprudence va même plus loin, puisqu'elle admet dans certains cas, la subrogation des valeurs obtenues à la place du prix. Voici dans quels termes se posait la difficulté (2). Le commissionnaire vendeur avait tiré des traites

(1) Les marchandises ont été consignées chez un commissionnaire actuellement en faillite — Voir Thaller, p. 766, n° 1940, éd. 1904.

(2) Req., 26 février 1908, D. 1909.1,5, note Percerou.

sur les acheteurs, et il les avait confiées à un banquier qui ne les avait ni négociées, ni escomptées... Il s'agissait de savoir si ces traites, qui représentaient le prix sous sa forme commerciale, devaient être considérées comme subrogées à la chose elle-même, et par suite si le commettant pouvait les revendiquer dans la faillite du commissionnaire? Oui, a répondu la Cour de cassation, le 26 février 1908, étendant encore ainsi la théorie de la subrogation réelle.

c) Cette solution de la Cour de cassation peut se discuter à deux points de vue. En se plaçant tout d'abord sur le terrain de la loi commerciale, on peut se demander si cette solution est bien conforme à la lettre de l'article 575. Or, l'article 575 décide que la revendication n'est plus possible lorsque le prix a été payé, réglé en valeur, ou compensé en compte courant. Il semble donc que, dans ces conditions, la solution de la jurisprudence se trouve en contradiction avec l'adage « Qui règle paye » que le Code de commerce entend aujourd'hui consacrer, dans cette situation, d'une façon assez inexacte du reste (1).

d) Ce système qui est donc indéfendable, dans les conditions de la loi commerciale, n'est pas plus soutenable sur le terrain des principes généraux de la subrogation. C'est qu'en effet, nous nous trouvons en présence d'une revendication de biens isolés intervenant en dehors de toute clause d'affectation contractuelle, et que par suite la subrogation ne peut être admise, dans cette situation, qu'en présence d'une disposition formelle du législateur. Est-ce à dire toutefois, que cette disposition ne serait pas en fait très

(1) C'est qu'en effet, comme le montre très bien Percerou, le Code applique indistinctement l'adage « qui règle paye » aux deux situations très différentes qui sont régies par l'article 575 d'une part et les articles 446 et 447 de l'autre.

désirable ? Avec Percerou (1), nous répondrons hardiment par l'affirmative et nous donnerons comme exemple au législateur français la loi allemande des faillites qui admet la subrogation chaque fois que le bien a été remplacé par une contre-valeur, dont il est possible d'établir l'origine. L'article 46 de cette loi des faillites porte en effet : « Dans le cas où des objets, dont la disjonction de la masse aurait pu être réclamée, auraient été aliénés avant l'ouverture de la faillite par le failli, le tiers fondé à faire prononcer cette disjonction pourra exiger que la faillite se désiste de ses droits sur *leur contre-valeur* si celle-ci existe encore. »

§ 2. — Subrogation dans les conditions de l'article 3, alinéa 2, de la loi du 19 février 1889.

Nous avons déjà montré (2) que les articles 2 et 3, alinéa 1er de cette loi consacraient dans une certaine mesure la subrogation des indemnités d'assurances ou de responsabilité à la chose grevée de privilège ou d'hypothèque.

Il nous faut maintenant envisager une situation quelque peu différente prévue principalement avec d'autres, par l'article 3, alinéa 2, de cette loi ; il nous faut nous demander si l'indemnité d'assurance ne peut pas être également considérée en faveur du propriétaire, comme subrogée à la chose louée, lorsque celle-ci a été détruite à la suite d'un incendie ?

a) La question semble résolue par la loi elle-même, qui décide que « le locataire ne peut toucher l'indemnité d'assurance que du jour où il a désintéressé son propriétaire ».

(1) Percerou, note au Dalloz citée.

(2) Voir plus haut, tit. II, chap. VIII, sect. IV. Nous ne nous occupons ici que de l'objet principal de cet article 3, al 2. Nous laissons de côté la question des recours entre voisins, qui ne nous intéresse pas directement.

La loi a songé certainement à la situation la plus simple : le locataire commence par indemniser le propriétaire des conséquences du sinistre, puis ensuite, il exerce son recours contre son assureur.

Mais pour que cette disposition légale s'applique, il faut que le locataire puisse faire à son propriétaire l'avance des fonds. Si le locataire est insolvable ou si même simplement, il n'a pas d'argent disponible, il faut recourir à un autre procédé, que nous trouvons indiqué dans les travaux préparatoires de la loi (1) : le propriétaire se fera céder la créance d'indemnité, et il lui sera ainsi possible de se faire payer par l'assureur.

Mais le locataire, même insolvable, ne se trouve nullement obligé de consentir à cette cession (2). S'il s'y refuse, le propriétaire sera dans une situation particulièrement gênée, puisqu'il ne pourra directement rien réclamer à la Compagnie d'assurances, et qu'il ne pourra agir contre elle que par « l'action oblique » en tant que créancier de son débiteur. Une « action directe » serait donc nécessaire dans ce cas, pour sauvegarder les droits du propriétaire.

La jurisprudence a hésité. Elle a tout d'abord admis cette « action directe » (3), puis elle est revenue à la solution contraire (4). Enfin, après avoir refusé assez longtemps « l'action directe » au propriétaire, elle a fini, le 17 juillet 1911 (5), par la lui accorder à nouveau. Cette solution nou-

(1) D. P. 89.4.31, col. 2, note 2 (rapport de M. Maunoury).

(2) A moins de faire intervenir en cette matière l'article 1303 du Code civil que l'on néglige trop volontiers. — V. plus haut notre titre II, chap. VIII, sect. IV, § 2, en note.

(3) Nancy, 12 mai 1893, D. P. 94.2.439.

(4) D. P. 96.2.241, note Planiol, D. P. 99.2.256, D. P. 1901.1.457.

(5) Civ., 17 juillet 1911, D. P. 12.1.81. Avec note Planiol. — Voir aussi Demogue, *Rev. trim. droit civil*, 1912, n° 32, p. 517.

velle simplifie une situation complexe, et jusque-là presque insoluble en pratique. Elle s'imposait d'une façon absolue, du reste, dans l'état actuel de la jurisprudence. La Cour de Paris (1) avait en effet décidé, implicitement du moins, le 31 mars 1905, que les créanciers privilégiés et hypothécaires du propriétaire dont l'immeuble loué avait péri, avaient sur cette indemnité d'assurance les mêmes droits que sur la chose elle-même.

On arrivait donc à cette conclusion extrêmement bizarre, que les créanciers du propriétaire voyaient transporter sur cette indemnité leur droit de préférence, alors qu'au propriétaire, on contestait ce même droit de préférence vis-à-vis de son locataire !

b) La solution de la Cour de cassation, qui s'imposait donc en fait, est-elle ou non conforme à la loi de 1889 ?

Avec M. Planiol (2), on peut penser que cette décision est l'aboutissement logique de cette loi, bien que cette conséquence n'ait probablement pas été aperçue par ses rédacteurs.

Comme seule, elle permet d'éviter une application contradictoire de la loi, elle est d'accord sinon avec sa lettre, du moins avec son esprit.

c) Mais, comment juridiquement expliquer cette solution ? Un point certain, c'est que la loi de 1889 a un fondement unique. Si l'on admet que la loi s'explique par une idée de « cession légale » (3), on dira que le propriétaire, étant

(1) Cour de Paris, 31 mars 1905, S. 1906 2.137.

(2) Planiol, note au D. P. 1912.1.89 ; pour lui cette solution se justifie par l'idée d'une délégation légale.

(3) Sur les opinions autrefois soutenues pour expliquer la loi de 1889, voir Planiol, D. 96.2.241. — Voir dans cette note le système de Labbé qui soutient la théorie des privilèges sur les créances. —

considéré comme cessionnaire de l'indemnité, possède de ce chef une action directe contre l'assureur. Mais cette idée de cession ou de délégation légale, nous l'avons déjà montré (1), nous semble bien contestable.

On ne peut rendre un compte exact de l'article 2 de la loi, qu'en le ramenant à la théorie de la subrogation réelle, et c'est encore à cette théorie qu'il nous faut nous référer pour expliquer l'article 3.

A la fin du bail, pour obtenir la restitution de sa chose, le propriétaire possède contre son locataire deux actions :

1° Une action personnelle en restitution, le bailleur étant en droit, d'après le bail, d'exiger que son locataire lui rende sa chose telle qu'il l'a reçue (art. 1730).

2° Une action réelle, en tant que propriétaire de la chose louée.

La chose louée vient à périr, à être incendiée. Le locataire supporte, aux termes de l'article 1733 du Code civil, le « risque locatif » ; il doit indemniser son propriétaire des conséquences du sinistre, à moins qu'il ne se justifie en prouvant que l'incendie n'est pas arrivé par sa faute. L'action personnelle en restitution du bailleur se transforme en une action personnelle en réparation du préjudice subi, dirigée contre le locataire. Mais que devient l'action réelle ? Il semble que cette action soit désormais impossible, faute d'objet. Il en sera ainsi de toute évidence, si la chose n'était

Voir aussi un système ingénieux (Pannier, 1889, p. 50), qui soutenait que la loi de 1889 s'expliquait par l'idée d'un *droit de rétention* imposé à l'assureur, dans l'intérêt du propriétaire. Mais ce système qui fait de la rétention un *devoir* et non un *droit*, semble bien difficilement acceptable.

(1) Voir notre tit. II, chap. VIII. — Voir note Demogue, S. 1906. 2.137.

pas assurée ; mais, au cas le plus fréquent, où une indemnité est due au locataire par l'assureur du risque locatif, ne peut-on pas considérer cette indemnité comme subrogée à la chose elle-même ? Ne peut-on pas accorder au propriétaire le droit de la revendiquer, comme la chose elle-même dont elle n'est que la représentation ?

Si on admet cette subrogation, l'action directe, que la jurisprudence accorde au propriétaire, n'est autre que l'action réelle en revendication. Cette action, ayant le caractère d'une action réelle, est opposable à tous, aussi bien au locataire qu'à l'assureur. Toutefois, pour que cette action soit possible contre l'assureur, il faut que l'indemnité n'ait pas encore été versée au locataire ; du jour, en effet, où l'assureur a payé, il cesse d'être tenu comme possesseur, et l'action réelle qui échoue contre lui, échouera aussi contre le locataire : l'indemnité ayant perdu, dans le patrimoine de ce dernier, le caractère d'une chose individualisée, ne sera plus susceptible de revendication. Le propriétaire est exposé ainsi à un grave danger, et c'est contre ce danger que la loi a voulu le prémunir en décidant que le locataire ne pourra pas toucher l'indemnité, tant que le propriétaire n'aura pas été désintéressé des conséquences du sinistre.

Ainsi expliquée, la loi de 1889 (art. 3, al. 2) nous fournit une nouvelle espèce de subrogation réelle légale.

§ 3. — De la subrogation dans les conditions de l'article 62 du Code pénal.

Par application de l'article 62 du Code pénal, la jurisprudence décide (1) qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait

(1) Cass, 9 mars 1900, *Gaz. Trib.* du 16 ; Dijon 16 mars 1887, S. 88.2.118, P. 88.1.695, D. 88.2.160 ; Agen, 15 juin 1899, P. 1900.2. 220 ; *Code pénal annoté* de Garçon sous les art. 59 et 60, au n° 319.

recel, que le recéleur ait obtenu la chose même qui a été volée, il suffit qu'il ait détenu sciemment une chose obtenue à l'aide d'un délit, par exemple une chose achetée avec de l'argent volé. Sur le terrain de la loi pénale, cette solution semble difficilement contestable. L'article 62 est rédigé dans des termes très généraux : « Ceux qui sciemment auront recelé, en tout ou partie, des choses enlevées, détournées, ou *obtenues* à l'aide d'un crime ou d'un délit, seront aussi punis comme complices de ce crime ou délit. » Cette généralité des termes de l'article 62 permet de punir comme recéleur celui qui détient des valeurs qu'il sait avoir été dans les mains de celui qui les a reçues la représentation d'une chose obtenue à l'aide d'un crime ou d'un délit. « La loi a voulu frapper l'indignité morale de l'individu qui, quoique indirectement, bénéficie d'un acte criminel (1). »

Il n'en est pas moins vrai que pour justifier cette solution au point de vue des principes généraux, il faut faire intervenir l'idée de subrogation réelle.

Aux termes de l'article 379 du Code pénal, le vol consiste dans la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui (2), et c'est parce que, sciemment, il détient une chose volée, que le recéleur peut être puni comme complice du vol. Mais ici, la situation est toute différente. La chose originairement soustraite a été aliénée, remplacée dans le patrimoine du voleur par une contre-valeur. Le recéleur qui détient à son tour cette valeur, ne nous semble punissable qu'à la condition d'admettre que la qualité de *res furtiva* a pu se transmettre par voie de subrogation de la chose aliénée, au prix de vente ou aux biens acquis en remploi ou en échange.

(1) Note au Dalloz, 88.2.160.

(2) C'est du moins ainsi que l'on a coutume de résumer la définition légale.

Cette subrogation ne saurait être invoquée, selon nous, que pour expliquer les conséquences pénales et non civiles du délit. Le propriétaire ne peut, en effet revendiquer, sa chose entre les mains du voleur, que tant que celui-ci la possède encore ; dû jour où cette chose a été aliénée, le propriétaire ne peut plus réclamer par voie d'action réelle, ni le prix de la chose aliénée, ni les biens acquis en remploi ou en échange. Telle est la solution du droit romain. D'après la loi 48, § 7, *de Furtis* (1) : « Le propriétaire dépossédé conserve la propriété de la chose volée, et ne fait qu'user de son droit en la reprenant entre les mains de son voleur. Mais peut-il, lorsque le voleur a vendu la chose, s'emparer du prix ? Non, répond la loi romaine, car il commettrait à son tour un vol ; il n'a aucun droit sur les deniers qui n'ont pas acquis la qualité de *res furtiva* ; le voleur ayant soustrait la chose et non dérobé le prix. » Il nous semble que cette règle du droit romain doit être admise aujourd'hui encore, puisque les conditions générales de la revendication sont presque les mêmes chez nous qu'à Rome. Il en résulte que le propriétaire ne pourra plus, dans notre hypothèse, actionner en revendication, ni le voleur, ni à plus forte raison le recéleur, qui n'a jamais été détenteur de la chose volée.

Tels sont du moins les principes qui nous semblent s'imposer en théorie. En pratique, la jurisprudence arrive à des conclusions quelque peu différentes. La Cour de cassation (2) considère, en effet, que la revendication reste

(1) Dig. XLVII, 2, *De fentis*, loi 48, § 7.

(2) Cass. civ., 7 février 1910, D. 1910.1.201. — M. Nast (p. 203) dans une note très remarquable, critique avec beaucoup de raison, selon nous, cette décision. Il propose simplement de reconnaître au propriétaire une action personnelle en restitution analogue à la *condictio furtiva* du droit romain.

encore possible aujourd'hui contre les *ficti possessores*, contre les personnes qui n'ont cessé de posséder que par dol. Elle maintient donc la règle *qui dolo desierit possidere pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est* (1).

Par suite, dans les conditions où nous nous trouvons, le propriétaire va pouvoir revendiquer la chose même aliénée contre son voleur, et dans le cas où cette chose ne pourrait plus, en fait ou en droit, lui être restituée, il sera fondé à réclamer au voleur, la contre-valeur des choses aliénées.

Nous ignorons si, en fait, il existe un lien quelconque entre cet arrêt de cassation et les jugements que nous indiquions au début de ce paragraphe, mais il nous semble bien qu'en droit, ces décisions se complètent de la façon la plus harmonieuse pour former un système complètement homogène.

Ici encore, la loi et la jurisprudence dérogent aux principes généraux que nous résumions au début de ce chapitre, pour élargir, dans un intérêt de protection sociale, le champ de l'action en revendication (2).

(1) Dig. l. 17, *de reg. juris*, 131. — Cette règle est admise également par Pothier.— Voir Girard, *Droit romain*, p. 340, texte et note 1 ; Cuq, *Institutions juridiques de droit romain*, t. II, p. 259 et 260.

(2) Nous trouvons également une autre application de la subrogation réelle au droit pénal, dans l'espèce suivante qui est relative non plus au vol, mais au délit d'abus de confiance. Cass., 20 août, D. 81. 1.286, Garçon, *Code pénal*, n° 326, art. 408.

Des fermiers détiennent un troupeau. Ils n'ont pas le droit de l'aliéner. Les fermiers aliènent le troupeau malgré cette prohibition et en dissipent le prix. La jurisprudence a considéré (Voir en ce sens motifs de l'arrêt de cassation) que le prix était subrogé réellement aux moutons et que par suite, en le dissipant, les fermiers avaient commis le délit d'abus de confiance puni par l'article 408. Ce qui dans l'espèce rend cette application de la subrogation particulièrement intéressante,

§ 4. — **Subrogation dans les actions en reprise ou en revendication résultant des lois sur les congrégations ou de la loi de séparation.**

A la suite des lois sur les congrégations ou de la loi de séparation, certaines personnes vont avoir à exercer dans la liquidation des établissements religieux, des actions en reprise, actions que la loi soumet du reste à des conditions rigoureuses, en particulier à une prescription très courte (généralement six mois).

Ces actions ont été consacrées par l'article 18 de la loi du 1er juillet 1901, en faveur des membres des congrégations dissoutes, par l'article 5 de la loi du 7 juillet 1904 qui a supprimé en France l'enseignement congréganiste, par le fameux article 9 de la loi de séparation du 9 décembre 1905 qui, après des controverses passionnées, est devenu l'article 3 de la loi du 13 avril 1908 (1).

Or il est possible que l'objet même de l'action en reprise ou en revendication ait été aliéné et remplacé dans le patrimoine de la personne morale en liquidation par une contre-valeur. Est-ce que, dans ces conditions, la subrogation se

c'est que l'aliénation des moutons avait été rendue nécessaire par la maladie, et que les fermiers pouvaient ainsi alléguer, pour se justifier, le cas de force majeure, mais la jurisprudence a considéré que cette excuse ne pouvait s'appliquer au prix sur lequel les fermiers n'avaient pas plus de droits que sur la chose elle-même, et qu'ils ne pouvaient par suite dissiper sans commettre le délit d'abus de confiance.

Cette question se lie à une autre beaucoup plus complexe, celle de l'abus de confiance par détournement de choses fongibles. — Voir en particulier, pour le cas du cheptel, Dijon, 18 juin 1879, D. P. 80.2. 657.

(1) Voir la discussion de cet art. 9 dans Baudry-Lacantinerie, *Manuel de droit civil*, 1910, t. III, p. 589, n° 870, en note.

produisant, l'action en reprise va ainsi s'étendre aux biens acquis en remploi ou en échange ?

Il nous semble qu'il n'est pas possible de donner à cette question une réponse uniforme. C'est qu'en effet, ces actions en reprise n'ont pas toutes le même caractère.

L'action en reprise peut être une simple action en revendication. Le réclamant, qui n'a pas cessé d'être propriétaire de sa chose, la réclame dans le patrimoine de la personne morale dissoute, avec lequel elle a été confondue en fait. C'est principalement le cas que vise l'article 18 de la loi de 1901 (al. 7 et 8).

L'action en reprise peut avoir également le caractère d'une action en révocation d'une libéralité (art. 953 et 1046) ou en résiliation d'un contrat à titre onéreux (art. 1184).

Au point de vue qui nous occupe, ces deux hypothèses sont très utiles à distinguer. Lorsqu'on se trouve en présence d'une affectation d'un bien à un usage déterminé, par suite d'une donation avec charge, ou d'un contrat à titre onéreux, la subrogation apparaît alors comme la garantie de cette affectation et intervient dans tous les cas (1).

Si, au contraire, il s'agit d'une simple revendication, la subrogation ne nous semble possible que si elle porte sur un petit patrimoine. Et c'est pourquoi elle interviendra utilement, dans les conditions de l'article 18 de la loi de 1901. Cet article décide « que les biens et valeurs appartenant aux membres de la congrégation antérieurement à leur entrée dans la congrégation, ou qui leur seraient échus

(1) C'est ainsi que l'on devrait admettre en principe la subrogation dans les *espèces visées* : 1° par la Cour de cassation le 1er août 1910 (*Gaz. Pal.*, 1910, 2e sem., p. 286) ; 2° par le tribunal civil d'Albi, 10 mai 1911 (*Gaz. Trib.*, 1911, 2e sem., 2, 367). Sauf naturellement à l'écarter en fait si elle était contredite par des raisons d'espèces.

depuis, soit par succession *ab intestat* en ligne directe ou collatérale, soit par donation ou legs en ligne directe, leur seront restitués ». Si les dons et legs provenaient d'une ligne collatérale, la revendication ne serait possible qu'à condition pour les bénéficiaires, de faire la preuve de la non-interposition de personne (art. 17).

Or, les congréganistes peuvent avoir acquis avec l'argent leur appartenant, ou provenant de successions *ab intestat*, d'autres immeubles, voire même, comme dans la célèbre affaire de la Grande-Chartreuse, un fonds de commerce (1). Pourront-ils revendiquer également les biens ainsi acquis ? Oui, répond la jurisprudence (2), car leur action en revendication s'étend également à la contre-valeur des biens aliénés.

Et cette solution est entièrement conforme aux principes généraux de notre sujet. En fait, deux patrimoines ont été confondus ; mais, en droit, ces deux patrimoines sont restés absolument étrangers l'un à l'autre. Ces deux patrimoines sont doués d'une vie juridique propre, ils peuvent s'augmenter, se diminuer, se transformer dans leurs éléments matériels par voie de subrogation. Par suite, l'ex-congréganiste aura droit à la restitution de son patrimoine, tel qu'il se trouve au jour de la liquidation.

Cet article 18 et son interprétation par la jurisprudence ne sont donc que la confirmation pure et simple de notre conception générale des effets de la subrogation légale.

(1) Affaire de la Grande-Chartreuse, Grenoble, 19 juillet 1905, D. 1906. 2. 137.

(2) *Sic* : Travaux préparatoires de la loi du 1er juillet 1901, D. P. 1901, n° 129, col. 2, n° 5, D. P. 1905. 5. 8 (Trib. civ. La Flèche, 7 février 1905) ; D. 1906. 2. 170 (Nimes, 6 mars 1905).

CHAPITRE III

DE L' « ACTION RÉELLE GÉNÉRALE » OU ACTION TENDANT A LA RESTITUTION DES BIENS COMPRIS DANS UNE UNIVERSALITÉ.

Lorsqu'une action réelle tend à la restitution des biens compris dans une universalité, elle a pour objet beaucoup moins les biens isolés qui composent l'universalité que l'ensemble de ces biens envisagés dans leur valeur pécuniaire. Par suite, cette action aura non seulement pour but la restitution des choses qui originairement faisaient partie de l'universalité, mais elle permettra, également, d'obtenir le prix ou la contre-valeur des biens aliénés.

Mais il nous faut, au préalable, nous entendre sur le sens à donner au mot d'universalité ; rechercher en particulier si cette subrogation interviendra indifféremment dans les universalités de droit et de fait (§ 1[er]). Nous préciserons ensuite les conditions et les effets de cette subrogation (§ 2, 3 et 4).

§ 1. — Subrogation dans les universalités de droit ou de fait.

Nous nous sommes déjà expliqué plus haut sur le sens qu'il convient d'attribuer au mot d'universalité. Pour nous *l'universalité de droit*, ou patrimoine, se compose d'un ensemble de biens corporels ou incorporels qui sont envisagés dans leur valeur pécuniaire, et affectés à un usage déterminé. Chaque fois qu'un patrimoine sera ainsi réclamé

par voie d'action réelle, la subrogation interviendra. Ceci aura lieu en particulier dans la pétition d'hérédité, dans la réclamation de son patrimoine par l'absent (art. 132), dans la restitution, à l'ascendant donateur, du petit patrimoine soumis au droit de retour légal (art. 747).

Mais que faut-il au juste entendre par cette expression d'*universalité de fait*? et comment la distinguer de l'universalité de droit?

a) On range généralement sous le nom d'universalité de fait, les troupeaux, les bibliothèques ; on s'accorde au contraire pour reconnaître à l'hérédité, parfois à la dot, le caractère, d'une universalité de droit. On discute sur la nature véritable du fonds de commerce, que les uns qualifient universalité de fait, et les autres universalité de droit.

Mais on n'est plus du tout d'accord, lorsqu'il s'agit de trouver un critérium abstrait pour séparer ces deux sortes d'universalités.

1° Pour certains, l'universalité de fait reposerait sur la volonté de la loi, l'universalité de droit sur la volonté des particuliers (1). Cette distinction semble bizarre ; on attendrait plutôt le système inverse, l'universalité de fait ayant forcément le caractère d'une réalité économique, s'impose au législateur lui-même qui ne peut la méconnaître, l'universalité de droit, au contraire, n'étant qu'une conception de l'esprit, serait du seul domaine de la technique législative. Et c'est bien en effet ce qu'enseignent Aubry et Rau (2) lorsqu'ils prétendent que le nombre des universalités de droit est forcément déterminé par la loi. Pour nous, qui avons revendiqué hautement le droit pour les parties de

(1) Voir Gazin, thèse citée, p. 257.
(2) Aubry et Rau, t. VI, § 574, 1° et 2°.

créer des « universalités de droit » ou « des patrimoines d'affectation » en nombre pour ainsi dire illimité (1), nous ne saurions évidemment souscrire à une telle théorie.

2° M. Gazin a proposé dans sa thèse (2) un système ingénieux : l'universalité de droit, dit-il, est *un but en soi* ; l'universalité de fait, un *simple moyen*. Le patrimoine a en effet pour but la satisfaction des besoins de l'homme, ce qui est une fin en soi, tandis que la possession d'un troupeau ou d'une bibliothèque, est moins un but pour son propriétaire qu'un moyen pour lui de s'enrichir ou de se livrer aux études qu'il aime...

Seulement, n'en est-il pas de même des universalités de droit ? Le patrimoine n'est que la manifestation juridique de la fortune des individus ; il n'est pas un but en soi, mais un moyen de crédit et de jouissance. L'universalité de droit, de même que l'universalité de fait, n'est donc qu'un simple moyen, la seule différence entre ces universalités consistant dans le but à atteindre, qui est plus étendu et plus général dans l'universalité de droit que dans l'universalité de fait.

Pour nous, ces deux notions sont bien voisines. L'universalité de fait, comme l'universalité de droit, comprend un ensemble de biens envisagés dans leur valeur pécuniaire, et affectés à un but déterminé. Les seules différences que nous croyons pouvoir relever, entre les universalités, sont les suivantes :

1° Généralement l'universalité de fait ne comporte pas de passif, au contraire, presque tous les patrimoines possèdent un passif propre correspondant à leur actif ;

(1) Voir notre titre I, chap. IV, § 2.
(2) Gazin, thèse, *De la notion de patrimoine*, p. 257.

2° Au point de vue actif, l'universalité de fait se compose de biens de la même nature qui se trouvent naturellement associés les uns aux autres par un lien matériel (1). Au contraire, dans une universalité de droit, se rencontrent des biens de nature différente, qui ne sont réunis entre eux que par un lien purement intellectuel. Mais, dans ces deux cas, l'universalité est toujours envisagée comme un tout économique, dont on considère surtout la valeur globale.

b) La subrogation se produit elle également, dans la revendication des universalités de fait ? Sur ce point, les auteurs sont divisés ; les uns admettent cette subrogation (2), les autres la repoussent (3). Pourtant aucun doute ne semble guère permis ; si l'on admet que l'universalité de fait n'est pas au fond essentiellement différente de l'universalité de droit, que, comme elle, et peut-être encore plus qu'elle, elle constitue un tout dont chacune des parties complète les autres, de façon à assurer la valeur de l'ensemble, on incline tout naturellement à penser que, comme elle, elle peut également se renouveler par voie de subrogation.

Supposons, pour préciser, que cette universalité de fait soit, à un moment donné, l'objet d'un acte juridique (vente ou legs) et qu'elle y soit désignée par la seule expression, le troupeau de telle ferme, la bibliothèque de M. X., la galerie de M. Z..

(1) Ce lien matériel consistant le plus souvent dans la commune réunion des objets de l'universalité dans un même lieu.

(2) Saleilles, Stora, thèse, p. 426 ; Flach, article cité, p. 454, 477 et suiv.

(3) Aubry et Rau, t. VI, § 575, p. 238, note 9 ; Demogue, *Subrogation réelle*, p. 57, 58 et 59. — Voir aussi Demogue, *Notions fondamentales*, p. 403.

Lorsqu'il s'écoule un certain laps de temps entre le moment du contrat et celui de la livraison, des aliénations ou des échanges des bêtes du troupeau, de livres ou de tableaux vont intervenir. Dans ces conditions, une double question va se poser : 1° Est-ce qu'au cas de vente, d'une collection ou d'un troupeau, les aliénations partielles seront opposables à l'acquéreur (1) ? 2° Est-ce que le revendiquant (légataire ou acheteur) va pouvoir réclamer la contre-valeur des objets aliénés ?

1° La première question ne peut pas être résolue d'une façon générale, puisque sa solution dépend avant tout de l'intention véritable des parties.

Si celles-ci ont en effet entendu vendre l'ensemble du troupeau, de la bibliothèque ou de la galerie de tableaux, toute aliénation, même faite par le vendeur avant la livraison, nous semblera opposable à l'acquéreur, à condition naturellement que l'objet aliéné ait été remplacé dans la collection pour un objet d'une valeur au moins égale.

Mais il peut se faire que la vente ait porté sur une liste d'objets individuellement déterminés, manuscrits rares, ou tableaux précieux ; dans ce cas nous ne sommes plus en présence d'une vente d'une universalité, mais d'une vente d'objets isolés, et les aliénations partielles ne seront pas opposables à l'acquéreur.

2° Chaque fois que des biens de l'universalité auront été valablement aliénés, les légataires ou acquéreurs pourront toujours réclamer, à la place, la contre-valeur des biens

(1) La première question ne se pose naturellement pas au cas de legs. Le testateur, étant toujours libre d'aliéner les choses comprises dans le legs, qu'il révoque ainsi partiellement (art. 1038).

disparus, et c'est tout le résultat que l'on exprime lorsqu'on parle de subrogation dans les universalités de fait (1).

C'est du reste de ces principes dont la loi s'est inspirée dans la réglementation du contrat de louage d'un troupeau ou cheptel. L'article 1822, relatif au « cheptel de fer » (2), écartant l'application de la règle : « Estimation vaut vente », décide que, malgré l'estimation, le bailleur conserve la propriété de son troupeau qui ne passe pas au fermier. Les articles 1821 et 1826 n'obligent pourtant pas le preneur à restituer les mêmes bêtes que celles qui avaient été livrées au moment de son entrée en jouissance. On admet qu'il n'est pas nécessaire non plus qu'il rende un nombre de bêtes égal à celui qu'il a reçu ; la loi exigeant simplement qu'il rende un cheptel « de valeur pareille » à celle du cheptel qui lui a été livré.

Ces deux solutions semblent, au premier abord, contradictoires. Comment, le preneur ne devient pas propriétaire de cheptel, et il peut aliéner valablement à l'encontre du bailleur les bêtes qui le composent ! Ces décisions légales se concilient pourtant très facilement ; si l'on admet que la propriété d'une universalité de fait (comme le troupeau) ne porte que sur la valeur de l'ensemble, toutes les subroga-

(1) M. Demogue critique cet emploi du mot subrogation ; pour lui, il n'y a pas de subrogation dans les universalités de fait. Il nous semble qu'ici le mot subrogation possède son sens habituel, et qu'il exprime, comme toujours, en matière de subrogation légale, l'idée qu'un bien doit être restitué à la place d'un autre bien. A moins donc, de contester l'idée même de cette subrogation légale — ce que Demogue ne fait pas, puisqu'il l'admet même plus largement que nous — on ne saurait donc élever d'objection sérieuse, contre l'admission de la subrogation dans les universalités de fait.

(2) Voir sur cette question Dalloz, *C. civil annoté*, art. 1822, § 1, et auteurs cités, art. 1826, § 1, nos 2 et 3.

tions ou transformations qui se produiront dans le fonds de bétail, seront naturellement opposables au propriétaire.

§ 2. — Conditions de cette subrogation.

Pour que la subrogation s'opère, deux conditions doivent être réunies, il faut : 1° que le bien ait été aliéné d'une façon définitive, et 2° remplacé dans le patrimoine du défendeur par une contre-valeur.

1° La première aliénation doit être définitive et opposable au titulaire de l'universalité. C'est ce qui a lieu, par exemple, au cas de vente d'un bien héréditaire par un possesseur de bonne foi ; d'un bien du patrimoine de l'absent par un envoyé en possession d'un bien soumis au droit de retour par le donataire. Mais, que se passerait-il à la suite de cette aliénation, si le tiers acquéreur n'était pas devenu propriétaire ? Peut-il encore être question de subrogation (1) ? Evidemment non, le propriétaire conservant toujours dans ce cas le droit de revendiquer son immeuble lui-même entre les mains des tiers acquéreurs.

2° Il faut, en second lieu, que le bien aliéné ait été remplacé dans le patrimoine du cédant par une contre-valeur. Ce remplacement n'est du reste pas forcément obligatoire pour lui, comme au cas de subrogation conventionnelle. Le cédant, qui n'est lié par aucune clause d'affectation contractuelle, est libre ou non de remployer le bien aliéné en des valeurs nouvelles. S'il ne le fait pas, le prix payé étant confondu dans son patrimoine, avec les autres biens qu'il possède, la subrogation sera dans ces conditions impossible. Si, au contraire, il procède à un remploi ou à un échange,

(1) *Sic* : Demogue, *Subrogation réelle*, p. 27, note 1.

nous croyons que la subrogation interviendra dans tous les cas sans qu'il y ait lieu de distinguer selon l'intention qui a présidé à cette acquisition. Toute acquisition provenant de l'argent des biens aliénés, doit être réputée faite pour le compte du patrimoine à restituer.

Le possesseur ne serait donc pas fondé, selon nous, à faire écarter la subrogation, en soutenant qu'il a entendu acquérir pour son propre compte (1). Ce système, qui était celui du droit romain (2), où le possesseur de bonne foi n'était tenu que de restituer les biens qu'il avait entendu acquérir pour le compte de l'hérédité, et gardait les biens qu'il avait achetés pour son compte personnel (*res quam in patrimonium suum convertit*) ne nous semble pas avoir été repris par le droit moderne. L'article 132, que l'on applique non seulement à l'absence, mais que l'on étend le plus souvent par voie d'analogie à la pétition d'hérédité (3), est rédigé en termes trop absolus pour que l'on puisse encore y introduire la distinction romaine.

Nous croyons donc que la subrogation se produira chaque fois que le revendiquant pourra établir qu'un bien a été acquis en échange, ou en remploi de valeurs provenant du patrimoine à restituer. Naturellement, la charge de la *preuve* incombera à l'absent ou à l'héritier.

Mais, comment se fera cette preuve (4) ? Les parties peu-

(1) Voir cette opinion encore défendue par Pothier, *Traité de la propriété*, n° 425 ; Laurent, n° 537.

(2) C'est la solution consacrée par la loi 25, § 1, *de Hered. pet.*, D. (5, 3).

(3) Voir Baudry et Walh, *Succession*, I, n° 923, qui critiquent du reste cette extension.

(4) Comme toujours la subrogation au cas d'échange ne soulève pas une seule difficulté.

vent, en fait, avoir observé les formalités exigées par l'article 1434. Dans ces conditions, la subrogation sera facile à établir puisqu'elle découlera, tout naturellement, de la lecture de l'acte d'acquisition. Mais, en supposant que ces formalités n'aient pas été observées, le revendiquant n'aura-t-il pas le droit de faire, par tous les moyens en son pouvoir, la preuve de la subrogation ? Ce droit lui a parfois été contesté (1).

Nous ne nous laisserons pas arrêter par cette dénégation, l'article 1434 est, avant tout, une mesure de protection prise dans l'intérêt des tiers ; entre les parties, la subrogation s'opère, sans qu'aucune condition de forme ne soit nécessaire. Le revendiquant (héritier ou absent) pourra donc faire cette preuve par tous les moyens possibles.

§ 3. — Effets de cette subrogation « inter partes ».

Certains auteurs (2) n'accordent à l'article 132 qu'une portée très restreinte ; pour eux, l'article 132 ne met à la charge de l'envoyé en possession qu'une obligation alternative ; il peut, à son gré, restituer ou le prix, ou les biens provenant de l'emploi. En généralisant ce système, on en arriverait à décider que la subrogation ne serait que *facultative* pour les parties en cause. Le demandeur ou le défendeur, selon les cas, pourraient ou non se prévaloir de cette subrogation. Ce système nous semble inadmissible. Le défendeur, tout d'abord, ne peut se soustraire à l'obligation de restituer entièrement le patrimoine dont il est débi-

(1) Voir pour le cas d'absence : Demolombe, II, nos 174 et 175, qui refuse, implicitement du moins, à l'absence le droit de faire cette preuve, et n'accorde ce droit qu'à l'envoyé en possession.

(2) Duranton, t. I, no 509. — C'est aussi avec quelques réserves le système de Demolombe, t. II, nos 174 et 175.

teur avec tous les biens qui en font partie. Le demandeur ne peut réclamer que les biens qui existent encore dans le patrimoine à restituer, puisque ces biens font encore seuls l'objet de son droit de propriété. Son action réelle est limitée à ces seuls biens ; sans doute, et dans certains cas, il pourra réclamer une indemnité supplémentaire au moyen d'une action personnelle, ou d'une action délictuelle. Mais, il n'en sera ainsi que si le possesseur est de mauvaise foi, et s'il a dissipé une partie du prix des biens aliénés. S'il est de bonne foi (1), il n'est tenu que de son enrichissement, qui dans l'espèce est égal à la valeur des biens subrogés.

La subrogation légale ayant un caractère réel est donc *obligatoire* et non pas simplement facultative pour le demandeur et pour le défendeur.

§ 4. — Effets de cette subrogation vis-à-vis des tiers.

La subrogation conventionnelle, ayant pour but d'attribuer à un bien une condition juridique durable, va influencer les droits des tiers qui traiteront plus tard avec les parties relativement à ce bien. Et c'est pourquoi nous avons exigé, pour que cette subrogation leur soit opposable, certaines conditions de forme, en particulier le respect de la règle de l'article 1434.

Il n'en est pas de même de la subrogation légale, qui n'intervient qu'au moment de la restitution d'un patrimoine, et n'intéresse en principe que les parties en cause.

(1) Nous considérerons toujours comme des possesseurs de bonne foi, l'envoyé en possession (art. 132) et le donataire (art. 747) qui possèdent en vertu d'un titre légal, et qui, ainsi ne doivent restituer que la valeur du patrimoine au jour du décès, ou au jour du retour de l'absent.

Les acquéreurs des biens subrogés pourront toujours valablement opposer leurs droits au demandeur, qui perd en principe le droit de revendiquer du jour où les biens sont sortis de son patrimoine (1).

Les seuls tiers qui seront touchés par cette subrogation seront les créanciers du défendeur. Si le demandeur triomphe en effet dans la revendication, il échappera à la loi du concours et reprendra les biens comme propriétaire à l'encontre des créanciers du possesseur. Ceux-ci pourront-ils soutenir qu'ils ignoraient la situation véritable de leur débiteur, et qu'ils pensaient que l'aliénation suivie de la nouvelle acquisition avait été faite pour son propre compte ? Certainement non, car ce serait là leur accorder des droits que la loi française leur a toujours refusés. Les créanciers chirographaires ressentent tous les effets directs et indirects des conventions faites par leur débiteur (2). Ils n'ont la faculté de s'opposer à une aliénation par eux faite, que si cette aliénation a été simulée ou conclue en fraude de leurs droits.

Donc, sauf le cas d'une fraude ou d'une simulation, les créanciers chirographaires se verront opposer la subrogation sans condition aucune.

(1) Il faudrait, pour concevoir un conflit, supposer des circonstances bien extraordinaires. La première vente ayant été faite à un tiers de bonne foi, le bien ayant été remployé en d'autres immeubles, la nouvelle aliénation aurait été faite à un possesseur de mauvaise foi. La subrogation, malgré l'aliénation faite, lui serait-elle opposable ? Nous croyons que oui, puisqu'il était au courant de la situation véritable de l'héritier.

(2) Planiol, t. II, nos 1174 et 1195.

SECTION I. — De la pétition d'hérédité.

L'action donnée à l'héritier contre les possesseurs de l'hérédité est la pétition d'hérédité. C'est une action réelle, qui consiste dans la revendication générale du patrimoine héréditaire. Naturellement le demandeur ne triomphera dans cette action qu'à condition d'établir sa qualité d'héritier, mais cette preuve qu'il doit fournir ne modifie en rien le caractère de l'action (1).

La pétition d'hérédité, étant la revendication générale de tout un patrimoine, l'héritier pourra réclamer au défendeur tous les biens héréditaires qui composent la succession et qui se trouvent encore dans ses mains. Mais le plus souvent, des aliénations ou des transformations des biens héréditaires seront intervenues. Dans ces conditions, une double question va se poser : 1° Quel sera le sort des aliénations à titre onéreux consenties par l'héritier apparent ? 2° Quel sera le sort des biens acquis à la place des biens aliénés ?

§ 1. — Du sort des aliénations à titre onéreux consenties par l'héritier apparent.

Une jurisprudence très solidement assise (2) valide les aliénations à titre onéreux passées par l'héritier apparent

(1) Voir cette question déjà indiquée *supra* (chap. Ier). — *Contra*, Baudry et Wahl, t. I, p. 884.

(2) Cass., 3 juillet 1878, D. 77.1.429 ; Cass. civ., 13 mai 1879, D. 79.1.41 ; Cass. req., 4 août 1885, S. 86.1.120 ; Cass. civ., 26 janvier 1897, 2 arrêts, S. 97.1.313. — D. 1900.1.33. — Voir note Sarrut, au D. 1900.1.33.

avec des tiers, pourvu que ces tiers soient de bonne foi, et sans qu'on ait à s'inquiéter de la bonne foi de l'héritier apparent. Certains arrêts exigent pourtant comme condition supplémentaire, la bonne foi du possesseur de l'hérédité (1).

MM. Aubry et Rau (2) approuvent seulement cette jurisprudence au cas où l'héritier apparent est un parent moins proche que l'héritier véritable et s'est saisi de la succession en raison de l'inaction des héritiers.

L'opinion la plus répandue en doctrine (3) annule sans distinction, entre la bonne et la mauvaise foi du possesseur, ou de l'acquéreur, tout acte passé par l'héritier apparent. La jurisprudence belge (4), contrairement aux tribunaux français, a consacré cette solution.

Pour combattre la jurisprudence française, la doctrine tire argument de la règle, que « nul ne peut transmettre à autrui les droits qu'il ne possède pas » (*nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse haberet*) ; elle invoque l'article 1599 du Code civil qui annule la vente de la chose d'autrui. La jurisprudence allègue en sens contraire l'erreur le plus souvent invincible du tiers acquéreur, la négligence de l'héritier véritable, raisons pratiques qui doivent faire fléchir la rigueur habituelle des principes juridiques.

(1) Aix, 22 déc. 1843, S. 44.2.286 ; Toulouse, 26 mars 1887, *Gaz. Trib. du Midi*, 8 juin 1887.

(2) Aubry et Rau, § 616, p. 441, note 32.

(3) Laurent, t. IX, nos 555 et suiv., 562 suiv.; Huc, t. I, nos 452 et suiv. et t. I, nos 270 et suiv. ; Baudry et Wahl, t. I, nos 936 et suiv. ; Planiol, t. IV, no 2060.

(4) Voir par exemple : Cass., 5 ou 11 juillet 1878, S. 79.2.108 ; *J. Dr. int. privé*, 1882, p. 375.

Nous n'avons pas à intervenir personnellement dans cette controverse ; il nous suffisait de la rappeler pour bien préciser dans quels termes se présente en cette matière le problème de la subrogation. Nous ne cacherons pourtant pas que nos préférences iraient à un système éclectique qui, tout en respectant les principes généraux, concilierait à la fois les droits des tiers et les droits de l'héritier. L'héritier étant avant tout propriétaire de la valeur de l'hérédité beaucoup plus que des biens qui la composent, toute aliénation doit lui être opposable, si le bien aliéné a été remplacé dans le patrimoine héréditaire par une valeur correspondante. On validerait ainsi les aliénations à titre onéreux, dont le prix ou la contre-valeur se retrouverait encore dans le patrimoine héréditaire, et on ne frapperait de nullité que les donations de biens héréditaires et les aliénations à la suite desquelles le prix aurait été dissipé.

§ 2. — Du sort des biens acquis à la place des biens aliénés.

Les aliénations faites par l'héritier apparent étant, en principe, valables, une question subsidiaire, dont la solution nous est connue par avance, va se poser. Quel sera le sort des biens acquis à la place des biens aliénés ? Ces biens seront subrogés aux biens aliénés, c'est-à-dire qu'ils devront être restitués au défendeur.

En cas de vente, la créance du prix doit être considérée comme la propriété de l'héritier, tant que le prix n'a pas été payé. Du jour où ce prix a été confondu avec les autres biens du patrimoine de l'absent, la revendication en sera en fait impossible, et l'héritier ne pourra plus se présenter que comme créancier de la succession. Si le prix est supérieur à la valeur de la chose aliénée, c'est le prix qui doit être

restitué, car c'est ce prix qui est subrogé à la chose, ou qui constitue le profit de la vente.

Si le prix est inférieur à la valeur, la subrogation ne se produira jamais que jusqu'à concurrence du montant du prix qui seul est subrogé à la chose ; le possesseur de bonne foi ne doit que ce prix, le possesseur de mauvaise foi doit personnellement en plus le complément de la valeur de la chose aliénée (1).

Si le possesseur rachète l'objet aliéné, il sera tenu de le restituer, cet objet étant subrogé à la créance du prix, mais il ne devra, pas en principe, d'indemnité au cas où la différence entre le prix de vente et le prix de rachat lui procurerait un bénéfice (2).

Si la chose aliénée a été échangée contre un autre objet, ce dernier objet doit être restitué à sa place (3).

Pour le cas de vente avec remploi, les auteurs ne sont pas d'accord (4). D'après la plupart des auteurs (5), la subrogation ne s'opère pas si le possesseur a fait l'acquisition pour son compte ; elle n'interviendra, et l'objet acquis ne devra être restitué, que si l'acquisition a été faite pour le compte de l'hérédité, dans le but de faire de l'objet acquis l'accessoire d'un bien héréditaire (instruments aratoires placés dans une ferme).

Nous avons déjà repoussé cette distinction ; la subroga-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 432, § 616, notes 16 et 18 ; Baudry et Wahl, t. I, n° 923, p. 702.

(2) Baudry et Wahl, t. I, *loc. cit.* ; Huc, t. V, n° 268. — *Contra* à Rome : la loi 22, D., *de Hud. pet.* (5-3).

(3) Baudry et Wahl, t. I, n° 925.

(4) Baudry et Wahl n'admettent jamais cette subrogation. Wahl, *loc. cit.*

(5) Pothier, *Traité de la propriété*, n° 425 ; Laurent, t. IX, n° 537.

tion intervient au cas de remploi, comme au cas d'échange, sans qu'il y ait lieu de tenir compte de l'intention de l'acquéreur.

Nous résumerons toutes ces solutions de détail dans une formule générale que nous emprunterons à Aubry et Rau (1). « Lorsque le défendeur a aliéné à titre onéreux des objets faisant partie de l'hérédité, il est tenu de restituer (en propriété) au demandeur ce qu'il a reçu en retour, la valeur en fut-elle supérieure à celle des objets aliénés. Mais, il ne doit rien au delà s'il a été de bonne foi, tandis qu'au cas de mauvaise foi, il est en outre obligé (personnellement) d'indemniser le demandeur de tout le préjudice que lui cause l'aliénation. »

. . . . . .

Nous terminerons enfin ce paragraphe par l'indication d'une situation très voisine. La Cour de cassation (2) admet aujourd'hui la validité des aliénations faites à des tiers de bonne foi par des sociétés civiles ou des individus agissant, avant la loi de 1901, comme prête-noms des congrégations non autorisées. Elle soumet simplement la validité de ces aliénations à la double condition « que les personnes interposées aient été investies de titres apparents qui leur attribuaient le caractère de véritables propriétaires et que les tiers acquéreurs aient cru de bonne foi traiter avec les maîtres de la chose aliénée.

Ici encore on se trouve en présence d'une vente opposable au véritable propriétaire, qui est dans l'espèce le liquidateur, représentant les intérêts de l'Etat. On entrevoit, par suite, également la possibilité d'une subrogation (2).

(1) Aubry et Rau, t. VI, § 616, p. 432.

(2) *Sic* : Cass. civ., 23 et 24 mars 1909, D. P. 1910.1.114. — Voir aussi : Civ., 12 mai 1908, D. 1908.1.425 ; Civ., 17 juillet 1907, S. 1907.1.401, D. 1908 1.11 ; Req., 17 décembre 1907, S. 1908.1.396.

Car si le liquidateur est désarmé vis-à-vis des tiers acquéreurs, n'est-il pas en droit de réclamer aux prête-noms de la congrégation le prix des choses aliénées ou les biens acquis en échange ou en remploi de ce prix ?

Sans aucun doute, ces biens doivent être compris dans la masse à liquider puisqu'ils font partie du patrimoine de la congrégation. Et l'article 18 de la loi de 1901 — que nous avons déjà étudié — confirme indirectement cette manière de voir, en ne donnant aux anciens congréganistes que le droit de revendiquer les biens ou valeurs provenant de leur patrimoine personnel, et en réalisant ainsi une séparation entre le patrimoine de la congrégation et ceux de ses membres. En s'inspirant de l'esprit de cet article, il nous faudra donc joindre à la masse à liquider tous les biens qui ont leur origine dans une valeur appartenant à la communauté dissoute.

Appendice. — *De la cession de droits successifs.*

Une hérédité peut être réclamée par une personne à une autre, non seulement au cas de pétition d'hérédité, mais encore à la suite d'une cession d'une succession intervenue entre elles. Dans ce cas encore, il faudra déterminer l'objet de la cession et le montant des restitutions à faire par le cédant au cessionnaire.

Ce nous sera facile si nous observons que la cession de droits successifs a pour objet une universalité, c'est-à-dire un ensemble de biens qui forment masse et non pas une série de biens individuellement déterminés (1).

Par l'effet de la cession, tout l'actif héréditaire est trans-

(1) Planiol, t. II, n° 1641. — Sur les cessions que peut faire le cédant, voir Planiol, n° 1643.

mis au cessionnaire. La cession comprendra donc les biens qui originairement faisaient partie de l'hérédité et tous les biens qui, dans la suite, sont venus prendre leur place par voie de subrogation. C'est ainsi que le cédant devra restituer au cessionnaire le prix des biens héréditaires vendus, le montant des créances remboursées (art. 1697), les biens acquis en emploi de l'argent ainsi obtenu, les biens advenus en échange d'une chose héréditaire. Sans doute la loi française est muette sur ces deux dernières solutions, mais nous croyons qu'elles s'imposent en vertu des principes généraux. Comme dans la loi allemande (art. 2374, nouv. C. civ.), il nous semble que l'on doit comprendre également dans cette vente les indemnités d'assurances, ou de responsabilité dues à la place d'une chose héréditaire détruite. La jurisprudence a pourtant décidé le contraire (1) en ce qui concerne les indemnités payées aux émigrés par la fameuse loi du 24 avril 1825 dite du milliard des émigrés. Pour elle, la cession faite par l'héritier d'un émigré de tous les droits de son auteur ne comprend pas l'indemnité qui lui a été allouée. En thèse générale, du moins (2), la solution inverse nous paraît s'imposer aux termes de l'article 1er de la loi, l'indemnité étant accordée à la place des fonds aliénés ou confisqués doit être considérée comme ayant le caractère d'une chose héréditaire, qui par suite devra être restituée au cessionnaire.

(1) Colmar, 2 mai 1827 ; Req., 21 mai 1828 ; Besançon, 3 juillet 1828 ; Req., 8 février 1830 ; Req., 23 février 1831 ; Arrêts cités dans *Répertoire Dalloz*, V° *Vente*, au n° 1956.

(2) Il faut excepter naturellement les cas où l'indemnité : 1° aurait le caractère d'une réparation personnelle ; 2° la stipulation contraire des parties. — Voir aussi, en faveur de l'opinion soutenue, l'article 18 de la loi de 1825, qui consacre un cas de subrogation.

SECTION II. — **Le patrimoine de l'absent.**

L'envoi en possession définitif donne à l'envoyé en possession la propriété des biens de l'absent Dès ce jour les biens de l'absent et de l'envoyé en possession sont en fait, confondus, pourtant en droit leurs patrimoines respectifs demeurent distincts et séparés. Le patrimoine de l'absent continue d'avoir une existence propre et peut, entre les mains de l'envoyé, augmenter, diminuer, se transformer. Et c'est tout ce patrimoine, dans l'état où il se trouvera au jour de son retour, que l'absent va réclamer, par une action réelle générale, à l'envoyé en possession.

Dans ces conditions, on comprend la décision de l'article 132 du Code civil déjà souvent citée : *Si l'absent reparaît, ou si son existence est prouvée, même après l envoi définitif, il recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront, le prix de ceux qui auraient été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ces biens vendus.*

Par application de cet article et du principe de la subrogation réelle qu'il consacre implicitement, nous déciderons que l'absent qui perd tout droit sur les biens aliénés, peut réclamer à l'envoyé en possession les biens reçus en retour.

L'envoyé en possession devra lui restituer la créance du prix, ou la valeur du prix des biens aliénés, selon les distinctions déjà faites pour l'héritier apparent, et les biens acquis en remploi ou en échange de ses biens cédés (1).

La subrogation qui s'opère ainsi est obligatoire (2) pour

(1) Demante, t. I, n° 169 *bis*-IV ; Baudry et Houques-Fourcade, *Personnes*, t. I, n° 1237.

(2) Flach, *Revue hist.*, 1869, p. 540 et 541.

l'absent qui est tenu d'accepter le bien subrogé et pour l'envoyé qui est contraint de le restituer.

Nous avons déjà fait justice du système de Demolombe (1), qui considère que cette subrogation n'est obligatoire que pour l'absent et qu'elle est, au contraire, facultative pour l'envoyé en possession qui peut à son gré ou restituer les choses subrogées, ou le prix des choses aliénées.

La charge de la preuve de la subrogation incombe naturellement à l'absent, mais cette preuve, il peut la faire par tous moyens, lorsque l'article 1434 n'aura pas été en fait observé.

SECTION III. — Retour légal de l'ascendant donateur.

L'admission, la portée, la nature de la subrogation, dans les conditions de l'article 747 du Code civil, sont des questions qui semblent avoir toujours beaucoup embarrassé les auteurs, qui se sont préoccupés de construire une théorie générale de notre institution.

M. Saleilles (2) considère (au moins dans sa note de 1894) que la subrogation résultant de l'article 747 du Code civil a le caractère d'une fiction, que par suite elle doit être interprétée restrictivement, et que si la jurisprudence donne à ce texte une portée extensive, ce n'est pas en se fondant sur un principe général ou sur une règle de droit commun, mais sur la discussion même des termes de la loi.

M. Demogue (3) hésite entre l'admission ou le rejet de

(1) Demolombe, t. II, nos 174 et 175. — Le système de Demolombe s'applique au cas où il n'y a pas eu de déclaration de remploi. Il ne s'applique pas, au contraire, s'il y a eu échange ou si l'article 1434 a été observé ; la subrogation est alors obligatoire.

(2) Saleilles, dans sa note au Sirey, 1894.2.185. — Voir une autre opinion soutenue dans *Revue bourguignonne*, 1893, p 878.

(3) Demogue, *Subrogation réelle*, p. 18 et 19.

cette subrogation. Selon, dit-il, que l'on considérera que ce droit de retour se justifie dans la pensée de la loi par des raisons d'intérêts, ou par des raisons d'affection, selon qu'on l'envisagera comme portant sur la valeur des biens donnés ou sur les biens eux-mêmes, on admettra ou non la subrogation. Notre auteur avoue qu'il lui est difficile de se décider entre ces deux conceptions du droit de retour, mais que la controverse lui semble tranchée par le Code civil, dont l'article 747 équivaut au rejet de la subrogation.

La question nous semble, pourtant, assez facile à résoudre, à condition d'en bien poser les bases fondamentales.

Le retour légal est un droit que la loi confère à l'ascendant donateur dans la succession du donataire prédécédé sans postérité.

Ce droit de retour est un véritable droit de succession et non un droit de retour conventionnel présumé ; son fondement est légal et non contractuel. Statuant sur le conflit qui existait dans notre ancienne France, entre les pays de coutume et les pays de droit écrit, le Code civil a tranché la controverse par les termes qu'il emploie dans l'article 747 : « Les ascendants succèdent..... (1) ». Aucun doute, c'est le système coutumier que le Code a entendu consacrer, et le retour du bien se fait à titre de succession. Cette opinion a de plus pour elle l'autorité de la Cour de cassation (Ch. réunies) (2) qui a décidé que l'ascendant ne pouvait

(1) Voir art. 313 de la Coutume de Paris, qui est rédigé d'une façon à peu près identique. — Voir aussi Dalloz, *Répertoire*, V° *Succession*, n° 212 ; Planiol, *Manuel*, t. III, n° 1917.

(2) Cass., Ch. réunies, 2 juillet 1903, P. 1903.1.497, avec note importante de M. Gény (institution contractuelle), D. 1905.1.553 — 1° arrêt de Cass. (note Lyon-Caen), D. 1901.1.537, S. 1901.1.403.

renoncer par avance au droit de retour légal, sans faire un pacte sur succession future, nul en vertu de l'article 1130, et cela parce que son droit a le caractère d'un droit successoral.

C'est pourquoi, bien que le retour légal porte le plus souvent sur des biens déterminés, ces biens sont cependant dévolus à l'ascendant donateur, non comme des objets particuliers, mais comme des biens composant une universalité juridique distincte de l'hérédité générale (1), comme constituant un petit patrimoine envisagé dans sa valeur pécuniaire.

L'ascendant donateur va donc exercer une revendication générale de ce petit patrimoine dont il est redevenu propriétaire du jour du décès. Comme au cas d'absence, comme au cas de pétition d'hérédité, son action générale, s'étendra à tous les biens qui font partie de l'universalité à restituer, c'est-à-dire à toutes les choses qui ont été acquises avec des valeurs en provenant. Le *droit de tout héritier, ou de tout successeur à titre universel, est toujours le droit à la valeur ou à une quote-part de la valeur de la succession considérée comme constituant une universalité.* L'ascendant donateur est bien, lui aussi, un successeur à titre universel (2) ; comme l'héritier légitime, on l'oblige généralement en se fondant sur l'article 724 et sur l'article 351, qui dispose d'une façon formelle en ce sens, à contribuer aux dettes de la succession. Du moment qu'on le considère au point de vue passif, comme un successeur à titre universel, du moment qu'il supporte une part des dettes correspondant à la valeur des biens donnés, il est aussi

(1) Aubry et Rau, VI, § 608, p. 352.

(2) *Sic*, Baudry et Wahl, *Successions*, t. I, p. 519, n° 691 ; Demolombe, t. XIII, n° 181 *bis* et 550 ; Aubry et Rau, t. VI, p. 352, § 608, note 32 ; Pianiol, *Manuel*, t. III, n° 2071. — *Contra*, n° 1906.

logique qu'équitable, au point de vue actif, de lui attribuer, toujours dans la succession, *la valeur des biens donnés*, chaque fois naturellement que cette valeur se retrouvera représentée dans la succession par une chose quelconque.

La subrogation réelle nous apparait nécessaire, du moment que l'on considère l'ascendant donateur comme un successeur universel qui, par voie d'action réelle générale, va pouvoir réclamer une part du patrimoine héréditaire.

Si, au contraire, on considérait que le droit de retour porte simplement sur des choses isolées, que par suite l'ascendant donateur n'est qu'un simple successeur à titre particulier, on en serait conduit à ne lui accorder que le droit de revendiquer les seuls objets donnés, et la subrogation ne serait plus possible. Mais cette dernière opinion (1), qui est contraire aux articles 724 et 351, et au principe que, sauf le droit d'usufruit du conjoint survivant, tout droit de succession est à titre universel, semble aujourd'hui bien abandonnée.

La subrogation, qui est ainsi commandée par les principes généraux, n'est-elle pas contredite par les termes de l'article 747 ? C'est ce qu'il nous faudra rechercher après avoir étudié, dans un premier paragraphe, le texte légal et l'interprétation qui en a été fournie par la doctrine et par la jurisprudence.

(1) En faveur de cette dernière opinion, on ne peut guère citer, à part Laurent, t. IX, n° 195, que des auteurs assez anciens : Delvincourt, t. II, p. 18, note 4 ; Toullier, t. IV, n° 325. — Voir cependant en ce sens : Demante, t. III, n° 56.

§ 1. — De l'interprétation de l'article 747 du Code civil d'après la doctrine et la jurisprudence.

L'article 747 du Code civil est rédigé avec une extrême concision. « Les ascendants succèdent, à l'exclusion de tous autres, aux choses par eux données à leurs enfants ou ascendants décédés sans postérité, lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession. »

« Si les objets ont été aliénés, les ascendants recueillent le prix qui peut en être dû. Ils succèdent aussi à l'action en reprise que pouvait avoir le donateur. »

Les travaux préparatoires ne nous éclairent pas beaucoup sur la portée exacte de ce texte par trop laconique. Maleville (1), qui écrivait pourtant au lendemain de la rédaction du Code, va jusqu'à dire que le procès-verbal de la discussion est très obscur. Dans le doute, il nous propose une interprétation personnelle de l'article 747.

Il considère que l'ascendant donateur peut reprendre, conformément au procès-verbal de la discussion, les choses acquises en remploi des prix des biens aliénés.

Il va même jusqu'à soutenir que, si l'objet de la donation consiste dans une somme d'argent dont il n'a pas été fait emploi, l'ascendant a le droit de reprendre une somme égale dans la succession du donataire. Dans ce système, le droit de retour a lieu dans tous les cas, à moins que la chose n'ait péri, ou que l'argent n'ait été dissipé par le donataire, sans emploi utile.

Ce système a inspiré les premiers arrêts qui ont statué sur la question, en particulier un arrêt de la Cour de cas-

(1) Maleville, *Analyse de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, t. II, p. 213 et suiv., en particulier, p. 215 et 216.

sation du 30 juin 1817 (1) qui, en confirmant un arrêt de la Cour de Rouen du 11 janvier 1816, consacrait pleinement le système de Maleville.

Aujourd'hui cette théorie peut être considérée comme universellement abandonnée (2), mais deux systèmes opposés, le *système de l'identité* et le *système de la subrogation*, divisent encore la doctrine et la jurisprudence.

1° Les partisans de la *théorie de l'identité* (3), enseignent que l'on doit interpréter restrictivement l'article 747, qui déroge aux principes fondamentaux de notre régime successoral. Or l'article 747, alinéa 1, exige, pour que ce retour soit possible, que les biens se retrouvent encore *en nature* dans la succession du donataire. L'alinéa 2, loin de contredire l'alinéa premier, n'en est que le développement logique, puisqu'il ne contient qu'une application de la règle *qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur*. Si l'ascendant a droit, en effet, au prix dû et non encore payé, c'est que tant que le prix n'est pas payé, le vendeur est armé de l'action en résolution de la vente.

De même, sous ce terme d'action en reprise, il nous faut comprendre toute action qui tend à faire rentrer dans le patrimoine du donataire un bien qui en est sorti. Telles

(1) Cass., 30 juin 1817, S. 17.1.313, et au Dalloz, *Répertoire*, V° *Succession*, en note sous le n° 234.

(2) Cette opinion n'a été soutenue que par les premiers commentateurs du Code. Outre Maleville, voir Merlin, *Répertoire*, V° *Réserve*, sect. II, § 2, n° 5 ; Toullier, t. IV, n° 245. — Voir pourtant aujourd'hui un jugement en ce sens : Trib civ. Lyon, 22 janvier 1895 ; *Pand. franç.*, 96.2.225.

(3) C'est le système adopté par la majorité de la doctrine : Demolombe, t. XIII, n° 541 ; Laurent, t. IX, n° 191; Planiol, t. III, n° 1916 ; Baudry et Wahl, *Successions*, t. I, n° 719 ; Gény, *Cours de droit civil* (faculté de Nancy).

sont les actions en résolution pour défaut de paiement du prix (art. 1184), en nullité, en revendication, en révocation pour cause d'inexécution des charges (art. 954) ou d'ingratitude du donataire (art. 955).

Dans ce système, le droit de retour ne peut s'exercer que lorsque le bien donné se retrouve matériellement encore dans le patrimoine du donataire, ou lorsque ce bien étant sorti de ce patrimoine, il est encore possible de l'y faire rentrer par un moyen de droit.

Mais il est bien difficile de se cantonner dans un système d'interprétation étroite, et la plupart des partisans de cette première théorie donnent à notre texte une portée plus étendue. Il est parfaitement possible tout d'abord que l'action en résolution soit éteinte, alors que l'action en paiement du prix subsiste. Dans cette hypothèse, personne ne songe à refuser à l'ascendant l'exercice de son droit de retour. Mais, théoriquement, cette solution ne peut plus se justifier que par l'idée de subrogation et c'est ainsi que l'explique M. Wahl (1), pourtant un des partisans les plus convaincus du système de l'identité.

Voilà déjà une première brèche faite au système exposé ; les exigences de la pratique conduisent à y apporter une nouvelle dérogation. Car, par le mot d'action en reprise, on désigne aussi dans la langue courante toute action par laquelle un conjoint, sous le régime de la communauté ou sous tout autre régime, reprend en propriété un bien qui lui appartient, ou réclame comme créancier, à son conjoint ou à la communauté, la valeur de ce bien. Or, on admet le

(1) Wahl, t. I, n° 718-1° ; « La loi *subroge* à la chose la créance du prix. »

plus souvent (1) que ces actions sont comprises dans les termes très généraux de l'article 747, et que l'ascendant donateur, est admis à y succéder. C'est ainsi que, sous le régime de la communauté ou sous le régime dotal, on autorise l'ascendant à reprendre les biens acquis en emploi d'une somme d'argent propre ou dotale, à reprendre les biens acquis en remploi ou en échange d'un propre ou d'un bien dotal. Ces dernières solutions ne se justifient plus par la règle *qui actionem habet....*, mais par l'idée d'une subrogation. Si l'ascendant peut reprendre les biens ainsi acquis en remploi ou en échange de biens propres ou de biens dotaux, c'est uniquement parce que ces biens sont censés avoir pris dans son patrimoine la place des biens donnés, et que, par suite, ils sont grevés comme eux d'une obligation de restitution au profit de l'ascendant donateur.

2° En se basant sur toutes ces contradictions, les partisans du système opposé (2) ont beau jeu de répondre : ces solutions légales ne s'expliquent que par une idée de subrogation, qui est en germe dans notre article ; or nous avons le droit de généraliser cette idée, et de décider que le droit de retour s'exercera chaque fois que la chose donnée, bien qu'aliénée, aura été remplacée dans le patrimoine du donataire par une contre-valeur.

« Par ces expressions en nature, déclare la Cour de Lyon (3), le législateur n'a certainement pas entendu exi-

(1) *Sic* : Baudry et Wahl, t. I, n° 721, p. 550. — *Contra* : Aubry et Rau, t. VI, § 608, p. 355, note 40. — *Sic* : également Demante, t. III, p. 58-III, et Demolombe, t. XIII, p. 553.

(2) Aubry et Rau, t. VI, § 608, p. 353, et note 35 ; Charmont, *Rev. prat.*, t. XXVI, 1897, p 350.

(3) Lyon, 24 août 1871, S. 72.2.121, et Dalloz, *Supp* , V° *Successions*, n° 154.

ger que les biens se retrouvent encore dans leur identique individualité, car une telle interprétation tendrait à rendre illusoires les dispositions de l'article 747 dans la plupart des cas, notamment lorsqu'il s'agit de sommes d'argent ou de valeurs négociables, dont on ne peut faire usage qu'en les consommant ou qu'en les dénaturant. »

La loi a sans doute voulu dire simplement que les biens doivent se retrouver *en nature de biens donnés* (2), c'est-à-dire, avoir pour origine certaine la donation. Il faut que l'ascendant établisse la filiation juridique des biens réclamés, il faut qu'il justifie de leur acquisition avec des valeurs par lui données.

La théorie de la jurisprudence peut aujourd'hui se résumer dans les deux propositions suivantes : Toute valeur acquise à la place d'un bien donné lui est subrogée, et par suite est soumise au droit de retour. Mais l'ascendant donateur doit établir la filiation juridique des biens aliénés ; le droit de retour cessant d'être possible en fait lorsqu'une confusion s'est opérée entre les biens donnés et les autres biens du patrimoine du donataire.

De la Cour de cassation, on ne cite guère qu'un seul arrêt, du 7 février 1827 (2), qui, par réaction probablement contre le système adopté en 1817, s'est refusé à consacrer le droit de retour légal dans une hypothèse où presque tout le monde l'admettrait aujourd'hui. Les valeurs données sont versées par la femme donataire dans la communauté, en paiement de l'action en reprise, elle prend un immeuble lors de la séparation de biens ; d'après la Cour

(1) Stora, thèse, p. 451, en note.
(2) Cass. civ., *S. chr.*, 7 février 1827.

suprême, le retour successoral ne s'exerce pas sur cet immeuble.

Mais la jurisprudence des Cours d'appel et des tribunaux s'est fixée aujourd'hui, nous l'avons dit, en sens contraire. La Cour de Lyon (1) soumet au droit de retour les valeurs mobilières acquises en emploi d'une somme d'argent donnée.

Le tribunal civil de Fontainebleau (2) étend également le droit de retour aux biens obtenus en échange des biens donnés. Et si la Cour de Montpellier (3) et le tribunal civil de Lyon (4), tout en consacrant le principe de la subrogation, déboutent en fait l'ascendant donateur (ou l'enfant légitime), c'est parce que les juges, dans les espèces qui leur avaient été soumises, ont considéré qu'il y avait eu confusion entre les biens propres du donataire (ou de l'enfant naturel) et les biens donnés, et que, par suite, les demandeurs n'avaient pas réussi à établir, d'une façon certaine, que les valeurs par eux réclamées étaient bien la représentation des biens donnés (5).

MM. Aubry et Rau, dans une édition déjà ancienne (6), donnaient leur adhésion complète au système exposé. Le droit de retour portant sur une universalité juridique, ils autorisaient les personnes appelées à l'exercer « à repren-

(1) Lyon, 24 août 1871 (et non avril), S. 72.2.121.

(2) Trib. civ. Fontainebleau, 25 mars 1896, *Rev. gén. du notariat*, 1896, t.XVI, n° 9128.

(3) Montpellier, 20 février 1893 (*Monit. jud. du Midi*, 1893, p. 90), que l'on cite généralement à tort en faveur de la théorie de l'identité.

(4) Trib. civ. Lyon, 8 avril 1895, *Pand.*, 96.2.225.

(5) Voir pourtant en sens contraire : Trib. civ. Lyon, 22 janv. 1895, *Pand.*, 96.2.227. — Voir en faveur de la théorie de l'identité : St-Amand, S. 78.2.225, et Bourges, *Pand.*, 90.2.10.

(6) Aubry et Rau, 3e éd., t. V, § 608, p. 127, 128, 129.

dre les immeubles reçus en échange des immeubles donnés, ainsi que ceux qui ont été acquis des deniers provenant de l'aliénation de ces derniers », lorsque la subrogation des uns aux autres se trouvait rigoureusement justifiée.

Mais les mêmes auteurs, dans une édition postérieure (1), n'admettent plus une subrogation aussi large ; ils limitent la subrogation *au premier degré*. Ils soustraient notamment à l'exercice du droit de retour les biens acquis au moyen du prix de vente des biens donnés.

§ 2. — Admission et portée de cette subrogation.

De cet exposé objectif de théories soutenues par les auteurs, et des solutions adoptées par les arrêts, la conclusion se dégage d'elle-même. L'article 747 du Code civil, bien loin de contredire la thèse de la subrogation s'y réfère implicitement lorsqu'il autorise l'ascendant à reprendre le prix de la chose aliénée et à succéder aux actions en reprise qui compètent au donataire.

Il est donc légitime de généraliser les solutions spéciales qu'il consacre, et d'admettre, conformément aux principes exposés, la subrogation d'une façon générale.

Ces principes conduisent aux applications suivantes (2) :

Lorsque le défunt a vendu, soit moyennant un prix déterminé en capital, soit moyennant une rente perpétuelle, une chose qui lui avait été donnée par un ascendant, celui-ci succède au prix encore dû, ou à la rente. Si la loi exige, pour que la subrogation s'opère, que le prix soit encore dû,

(1) Aubry et Rau, 4e éd., t VI, § 608, p. 354, texte et note 36; p. 359, texte et note 47.

(2) Voir sur toutes ces applications : Aubry et Rau, t. VI, p. 355, § 608.

c'est que tant qu'il n'a pas été payé, il possède le caractère d'une créance individualisée, mais que du jour où les deniers ont été versés, ces deniers se confondent avec les autres biens du donataire, et que la subrogation devient en fait impossible. Tout au plus, dans ce cas, pourrait-on considérer la succession comme débitrice vis-à-vis de l'ascendant de la somme dont elle s'est enrichie à ses dépens. Et encore cette application de l'action *de in rem verso* semblerait bien contestable, l'enrichissement n'ayant pas dans ce cas un caractère injuste, puisqu'il paraît admis par la loi elle-même.

En cas d'échange d'un meuble ou d'un immeuble donné par un ascendant, le retour légal s'exercera sur le meuble ou l'immeuble reçu en contre-échange.

Si une somme d'argent a été donnée au défunt avec ou sans charge d'emploi, et si cette somme a servi à faire des placements en immeubles, en valeurs mobilières, ou en créances ordinaires, l'ascendant succédera aux immeubles ou aux titres ainsi acquis.

Mais si la somme d'argent donnée au descendant n'a pas été spécialement employée à l'acquisition d'objets déterminés, et s'est confondue avec le surplus de son patrimoine, la subrogation devient impossible. L'opinion contraire a été pourtant soutenue par Maleville (1) et par les premiers commentateurs du Code civil, et consacrée par un jugement récent (2). Les auteurs se fondaient sur ce que l'argent étant essentiellement une chose fongible, les sommes données au *de cujus* sont légalement représentées par les deniers qui

(1) Voir, outre l'opinion de Maleville déjà citée, Toullier, t. IV, p. 234 ; Merlin, *Répertoire*, V° *Réserve*, II, § 2, n° 5, et arrêt de Cassation déjà cité du 30 juin 1817, S. 17.1.313.

(2) Lyon, 22 janvier 1895, *Pand. fr.*, 96.2.227.

se trouvent dans la succession. Pour nous, la subrogation ne saurait intervenir dans ce cas, pour deux raisons ; tout d'abord, pour une raison de principe, la subrogation n'étant jamais possible que lorsque les objets que l'on prétend revendiquer sont nettement individualisés et séparés des autres biens du patrimoine ; ensuite, pour une raison spéciale à notre espèce, la loi exigeant que les biens se retrouvent *en nature*, c'est-à-dire qu'ils aient pour origine certaine la donation, condition qui n'est évidemment pas réalisée dans notre hypothèse.

Nous venons ainsi d'indiquer la liste des actes juridiques, dans lesquels la subrogation, qui se produit directement par le remplacement d'un bien ou un droit par un autre bien ou un autre droit, est, si l'on veut, *une subrogation du premier degré*. Mais des opérations plus complexes peuvent se présenter, dans lesquelles se produira une double substitution juridique, à laquelle on peut donner le nom de *subrogation du second degré*.

Le type de ces opérations est la vente avec remploi, où il y a substitution du prix à la chose aliénée, et de la chose acquise au prix.

MM. Aubry et Rau n'admettent pas la subrogation dans les opérations de cette nature (1).

Malgré l'autorité de nos auteurs dans ces questions, nous ne saurions adopter un pareil système qui semble quelque peu arbitraire et contradictoire.

Si, en effet, nous avons admis la subrogation dans le retour légal, comme MM. Aubry et Rau, du reste, c'est que nous avons considéré que le droit de retour ne porte pas sur les biens eux-mêmes, mais sur leur valeur, et que, par

(1) Aubry et Rau, t. VI, § 608, p. 359 et 360.

suite, il pourra s'exercer chaque fois que cette valeur se retrouvera sous une forme quelconque.

Peu importeront les transformations successives par lesquelles cette valeur aura passé avant de se retrouver dans son dernier état. Toute distinction, faite à ce sujet, entre le remploi et l'échange est forcément anti-économique. Et nos auteurs s'en rendent bien compte eux-mêmes, puisqu'ils restreignent leur solution au seul cas de l'article 747, et qu'ils ne l'appliquent pas aux autres hypothèses de réclamation d'un patrimoine par voie d'action réelle générale : à la revendication du patrimoine de l'absent et à la pétition d'hérédité.

Il ne peut être que dangereux d'introduire dans les textes des distinctions qui ne s'y trouvent pas, et qui ne sont commandées ni par les principes généraux, ni par les nécessités économiques.

Nous admettrons donc l'exercice du droit de retour, au cas de remploi comme au cas d'échange ; nous admettrons également la subrogation d'un degré plus éloigné, chaque fois que l'ascendant aura en fait justifié (par tous les moyens en son pouvoir) (1) de la relation juridique qui existe entre les biens donnés et les choses réclamées.

§ 3. — De l'inaliénabilité des biens soumis au droit de retour.

Par l'étendue qu'elle donne au droit de retour, la jurisprudence protège d'une façon très efficace les droits de l'ascendant donateur. Dans certains cas pourtant cette protection sera insuffisante ; il en sera ainsi chaque fois que

(1) Si l'article 1434 a été observé, cette preuve en sera simplifiée. Mais même s'il ne l'a pas été, l'ascendant aura le droit de faire cette preuve par tous les moyens possibles.

les biens auront été aliénés par le donataire, et le prix dissipé sans emploi utile.

Pour se garantir contre le préjudice que leur cause cette situation, certains donataires prévoyants ont pris l'habitude de stipuler une clause de retour conventionnel, ou une simple clause d'inaliénabilité.

Tenons-nous-en à cette dernière clause.

Sa validité n'est plus aujourd'hui discutée. Elle est admise universellement par la jurisprudence à la suite d'un arrêt d'Angers du 29 juin 1842 (1), qui a été un des premiers à consacrer la validité des clauses d'inaliénabilité temporaire.

Mais il convient d'en préciser les effets.

Doit-on considérer cette clause, comme une clause d'inaliénabilité complète ? C'est ainsi que l'envisage la jurisprudence. Cette interprétation nous apparaît exacte dans le cas où le donataire a voulu s'assurer le retour du bien lui-même, mais elle l'est beaucoup moins lorsque le donataire n'a voulu obtenir que la conservation de la valeur du capital donné. Car alors il suffit, pour assurer cette volonté, de n'autoriser que les aliénations faites contre un échange ou contre un remploi. Nous nous retrouvons ainsi en présence d'une clause d'affectation contractuelle analogue à celles que nous avons déjà examinées.

La subrogation qu'elle commande cesse d'être légale et facultative (2) pour le donataire, elle devient conventionnelle et obligatoire pour ce dernier. Et le donateur est

(1) Angers, 29 juin 1842 (D. 42.2.218 et 46.4.163) ; Cass., 29 avril 1858 (D. 58.1.154 et S. 58.1.589) ; Cass., 22 juillet 1896 (D. 98.1.17).

(2) Par *subrogation facultative* nous entendons ici que le donataire n'est pas obligé de procéder au remploi des biens aliénés.

désormais assuré que l'argent des aliénations des biens donnés ne sera pas dissipé en pure perte.

Naturellement, dans le cas d'une clause de ce genre, le donateur pourra toujours intervenir à l'acte de remploi pour en surveiller la partaite exécution, ou pour en dispenser le donataire (1).

APPENDICE. — *Autres droits de retour.*

Le retour légal de l'ascendant donateur n'est pas le seul droit de retour que consacre la loi française Les articles 351 et 352 admettent un droit analogue au profit de l'adoptant. L'article 351 appelle l'adoptant ou ses descendants légitimes à succéder aux choses par lui données ou recueillies dans sa succession qui existeront *en nature* lors du décès de l'adopté. L'article 766 organise un semblable droit de retour au profit des frères et sœurs légitimes dans la succession de l'enfant naturel décédé.

L'article 766 est rédigé dans les mêmes termes que l'article 747. Comme lui, il autorise les bénéficiaires de ce droit de retour à réclamer le prix des biens aliénés et à succéder aux actions en reprise qui appartenaient au défunt.

L'article 351 ne réserve expressément le droit de retour à l'adoptant, que dans les cas où les biens donnés se retrouvent encore *en nature* dans la succession de l'adopté.

Et il n'étend ce droit d'une façon explicite ni aux actions en reprise qui appartenaient à ce dernier, ni au prix encore dû des choses par lui aliénées. Pourtant, malgré cette rédaction en apparence limitative, les auteurs (2) n'hésitent

(1) C'est ce qu'admet dans ses motifs l'arrêt d'Angers du 29 juin 1842.

(2) *Sic* : Toullier, t.II, § 1013 ; Duranton, t.III, p.323 et 324 (avec une distinction entre le prix dû et l'action en reprise) ; Demolombe, t. III, p. 181 ; Aubry et Rau, t. VI, § 608, p. 360, note 40.

généralement pas à compléter l'article 351 par l'article 747. Ce qui prouve bien que la nature et que les effets de différents droits de retour étant identiques, la question de la subrogation s'y pose dans les mêmes termes.

Dans tous les cas il s'agit d'une réclamation d'un patrimoine par voie d'action réelle générale qui comprend toute la valeur des biens donnés et qui, par suite, s'étend à toutes les choses obtenues à la place de biens aliénés.

Et c'est de ce principe dont s'inspirent les très rares décisions de jurisprudence, qui sont intervenues en cette matière. Le tribunal civil de Lyon (1) avait à statuer sur l'espèce suivante : Un enfant légitime et un enfant naturel se partagent la succession de leur auteur commun. L'enfant naturel reçoit le sixième du prix de vente d'un immeuble héréditaire, et le sixième du capital remboursé d'une créance héréditaire.

L'enfant naturel meurt. Son frère prétend exercer son droit de retour sur ces deux sommes représentant les biens venant de leur auteur commun. Le tribunal déboute le réclamant de sa demande, parce qu'il considère qu'en fait il y a eu confusion entre les biens donnés et les autres biens du patrimoine du défunt.

Mais il semble bien résulter de l'esprit du jugement que, le cas échéant, s'il avait été fait emploi des sommes données, le tribunal aurait autorisé l'enfant légitime à exercer son droit de retour sur les biens ainsi obtenus.

(1) Lyon, 8 avril 1895, *Pand. fr.*, 96.2.225.

SECTION IV. — Des effets de l'action en partage.

L'action en partage (1) est également une action réelle générale, puisque c'est l'action par laquelle un héritier réclame à ses cohéritiers la part de succession qui lui revient. Seulement cette part doit être déterminée au préalable par une opération à la fois matérielle et juridique qui est justement le partage. De plus, et afin de donner à cette opération une portée complète, la loi (art. 883) a attribué au partage un « effet déclaratif » qui consiste dans ce fait que chaque héritier est censé avoir toujours été propriétaire des choses mises dans son lot, et par contre n'avoir jamais eu la propriété des effets compris dans le lot des autres héritiers.

L'effet déclaratif du partage s'applique sans aucun doute aux biens héréditaires, soit aux biens corporels, soit même, dans une certaine mesure, aux biens incorporels, comme les créances. Mais que doit-on entendre exactement par biens héréditaires ? Doit-on considérer uniquement comme biens héréditaires les biens qui faisaient partie de la succession au jour du décès du *de cujus* ? Doit-on comprendre également sous ce terme les biens qui, dans la suite, par acquisition ou échange, ont pris la place de valeurs héréditaires ?

Nous avons déjà vu que, lorsqu'il s'agit de déterminer l'objet de l'action en pétition d'hérédité, on considère comme ayant le caractère de biens héréditaires tous les biens qui ont été obtenus à la place de valeurs successorales

(1) Au point de vue civil du moins, car au point de vue procédural l'action en partage est plutôt une action mixte. — V. en notre sens : Garsonnet, *Traité de procédure*, t. I, p. 510.

cédées ou aliénées. Et cette solution s'explique, avons-nous dit, par cette raison que l'action en pétition d'hérédité est une action réelle générale qui tend à la réclamation d'un patrimoine, c'est-à-dire avant tout d'un ensemble de biens envisagés dans leur valeur pécuniaire.

Mais l'action en partage n'est-elle pas également une action réelle générale qui tend en définitive à la restitution de la part d'universalité qui doit revenir à chaque cohéritier ? En réalité l'action en partage et l'action en pétition d'hérédité ne nous semblent pas être d'une nature juridique différente ; elles se séparent simplement par leur domaine d'application. Alors que l'action en pétition d'hérédité intervient dans les rapports des héritiers avec les tiers, l'action en partage n'est possible que dans les rapports des héritiers entre eux.

Par suite, le patrimoine héréditaire qui est ainsi partagé entre les héritiers comprend non seulement les biens provenant du défunt, mais encore tous les biens qui ont pris la place de choses héréditaires aliénées entre le décès et le partage. Tous les biens qui sont attribués aux héritiers à la suite du partage, ont donc forcément le caractère de biens héréditaires soumis au principe de l'effet déclaratif.

La question que nous venons d'indiquer de façon abstraite se pose en pratique dans l'espèce suivante, qui est célèbre en doctrine et en jurisprudence. Deux héritiers, Primus et Secundus, partagent entre eux une succession. Primus est débiteur vis-à-vis de Secundus d'un rapport en moins prenant. Afin de se remplir de ses droits, Secundus obtient en entier dans son lot, à titre de prélèvement, un prix d'adjudication provenant de la licitation d'un bien héréditaire faite à un étranger. Mais, sur ce bien, Primus a consenti pendant l'indivision une hypothèque à un tiers.

Doit-on maintenir l'hypothèque concédée par Primus, et autoriser ainsi son créancier hypothécaire, à se faire payer par préférence sur le prix d'adjudication ?

La question qui se pose est celle de savoir si l'on doit appliquer l'effet déclaratif aux créances qui prennent naissance pendant la durée de l'indivision ; si l'on doit considérer Secundus comme ayant toujours été propriétaire de la créance du prix mise dans son lot, ou plus exactement de la valeur héréditaire représentée par cette créance ?

Autrement dit, il s'agit de savoir si la créance nouvelle, qui a pris la place d'une chose héréditaire aliénée, a été subrogée à ce bien et lui a emprunté la qualité d'effet successoral ?

Cette question, que nous avons solutionnée par l'affirmative, a été diversement résolue en jurisprudence.

En 1887 la Cour de cassation (1) considérait la licitation faite à un étranger comme une vente, et par suite, écartant l'effet déclaratif et l'application de l'article 883, elle maintenait les hypothèques établies pendant l'indivision par l'héritier non attributaire du prix.

Les Cours d'appel (2) opposaient à cette jurisprudence une résistance énergique. Elles faisaient observer que le constituant débiteur du rapport avait déjà été rempli de ses droits une première fois par une donation sans dispense de rapport, et qu'il trouvait le moyen d'obtenir sa part à nou-

(1) Cass., 14 décembre 1887, D. 88.1.385, S. 89.1.193 ; 11 février 1892, D. 92.1.191.

(2) Toulouse, 30 juillet 1888, S. 89.2.99, D. 89.2.25 ; Orléans, 25 juillet 1890, S. 91.2.167, D. 91.2.338 ; Bourges, 28 mai 1902, S. 1905. 1.273, D 1906.1.42 ; — Lyon (sur renvoi), 29 mars 1905, S.1905.2.243, D. 1906.2.27 ; Bordeaux, 26 juin 1906, S. 1907.2.270. Seule la Cour de Caen avait statué dans le sens de la Cour de cassation.

veau, en hypothéquant un bien indivis et en faisant payer ses créanciers sur une valeur héréditaire.

Sans doute, l'héritier attributaire du prix avait contre lui un recours, mais ce recours était le plus souvent illusoire.

En 1900 (1) la Cour de cassation fit une première concession à la jurisprudence des Cours d'appels. Sans doute, dit-elle, l'article 883 ne s'applique pas, et il n'y a pas d'effet déclaratif lorsque l'adjudication a précédé l'attribution du prix. Mais il en serait autrement, et il y aurait effet déclaratif, si les héritiers avaient liquidé leurs droits dans une convention antérieure à la licitation, et avaient attribué par avance à l'un d'eux le prix à provenir de l'adjudication d'un bien héréditaire décidée pour la suite.

Enfin, le 5 décembre 1907 (2), dans un arrêt solennel des Chambres réunies, la Cour de cassation abandonna son système antérieur pour se rallier à la thèse des Cours d'appel. La licitation faite à un étranger, dit-elle en substance, équivaut à une vente seulement au regard de l'adjudicataire ; dans les rapports des héritiers entre eux,elle équivaut à un partage. C'est une opération préliminaire par laquelle les héritiers transforment en argent un bien héréditaire. La créance du prix d'adjudication ainsi obtenue constitue un effet de la succession, puisqu'elle a pris dans l'actif la place d'un bien héréditaire auquel elle se trouve subrogée ; on doit donc le soumettre à l'effet déclaratif du partage.

Par conséquent, l'hypothèque constituée par l'héritier non-adjudicataire ne sera pas maintenue à l'égard de ses co-héritiers, et ses créanciers ne pourront pas prétendre se faire payer par préférence sur le prix d'adjudication.

(1) Cass., 18 juin 1900, D. 1900.1.41, S. 1900.1.361.
(2) Cass., ch. réunies, 5 décembre 1907, D. 1908.1.113, S. 1908.1.5.

Mais la Cour de cassation alla même plus loin dans cette voie nouvelle. Dans un arrêt du 12 janvier 1909 (1), elle applique le principe du partage déclaratif non plus seulement au cas où l'hypothèque a été constituée par l'un des copropriétaires indivis, mais même dans l'hypothèse où elle a été consentie avec l'adhésion de tous les héritiers.

Voici dans quels termes se posait la difficulté. Lorsque le bien grevé d'hypothèque n'est pas mis dans le lot du constituant, le créancier hypothécaire ne peut se prévaloir de son hypothèque ; il n'a aucun droit de préférence. Il est obligé de subir par suite l'exercice du privilège du copartageant cédé par son débiteur à une autre personne. Or, la Cour suprême décida dans l'arrêt en question « que l'application de ces principes ne comporte aucune exception dans le cas où l'immeuble indivis a été hypothéqué par les deux copropriétaires pour garantie d'une dette contractée solidairement ».

Sans doute, dans cette situation, le créancier conserve de toute façon son hypothèque. Mais cette hypothèque va se trouver primée par le privilège du copartageant exercé par un cessionnaire.

Le privilège s'exerce en effet sur les mêmes biens ou valeurs que l'hypothèque en question, mais il passe avant elle, car il remonte au jour où a commencé l'indivision ; alors que cette dernière est par hypothèse postérieure au début de l'indivision.

C'était pour le coup exagérer l'effet déclaratif du partage et sacrifier l'intérêt des créanciers hypothécaires après avoir

(1) Cass., 12 janvier 1909, D. 1910.1.33, avec note de Loynes, p. 34-35, S. 1909.1.361, avec note Wahl. — *Contrà* : Limoges, 22 novembre 1862, D. P. 63.2.15 rendu sous la présidence de Larombière.

trop négligé celui des héritiers. Il est pratiquement nécessaire d'admettre qu'un créancier pourra pendant l'indivision obtenir un droit d'hypothèque ferme en s'assurant du concours de tous les héritiers.

Et c'est pourquoi la loi du 31 décembre 1910 (1) (art. 2125 modifié) écarte dans ce cas l'effet déclaratif. Elle maintient malgré le partage l'hypothèque consentie par tous les copropriétaires d'un immeuble indivis. Dans cette situation, il n'y a plus transport de l'effet déclaratif de l'immeuble au prix d'adjudication, puisque l'hypothèque constituée par l'héritier non attributaire du prix d'adjudication se conservera intégralement et se reportera entièrement sur ce prix. La subrogation que nous venons d'indiquer reste pourtant encore possible dans le cas où l'hypothèque n'a été constituée que par un seul des copropriétaires indivis.

(1) Voir cette loi dans D. 1911.4.57.

CONCLUSION

§ 1. — Résumé des causes qui produisent la subrogation.

Après la longue étude des différents cas concrets où la subrogation réelle est admise par le droit positif, il nous sera facile en guise de conclusion de résumer les causes qui l'engendrent dans une formule générale.

La subrogation réelle intervient *chaque fois qu'une valeur indisponible a été aliénée malgré l'indisponibilité qui la frappe et remplacée par une contre-valeur* (1).

Deux conditions sont donc nécessaires pour que cette subrogation se produise : *a*) Il faut que l'on se trouve tout d'abord en présence de biens indisponibles. Cette indisponibilité pouvant résulter soit de la volonté des parties qui affectent un bien à un usage déterminé, soit de l'autorité de la loi qui considère une personne comme n'étant pas le véritable propriétaire (héritier apparent), ou au moins comme n'étant pas le propriétaire incommutable (envoyé en possession, donataire des choses soumises au droit de retour) des biens qu'elle possède.

Et c'est pourquoi selon la cause de cette indisponibilité qui est tantôt conventionnelle, tantôt légale, nous avons distingué aussi deux sortes de subrogation : subrogation conventionnelle et subrogation légale.

b) Il faut en second lieu qu'il s'agisse de biens envisagés

(1) Par *valeur*, nous entendons naturellement ici des biens envisagés dans leur valeur pécuniaire et non pas des valeurs mobilières.

dans leur valeur pécuniaire et non pas dans leur individualité physique. Car, lorsque l'indisponibilité frappe des biens de cette dernière catégorie, elle équivaut à une inaliénabilité complète.

Le bien ne peut donc être valablement aliéné, et si exceptionnellement dans un intérêt de crédit, la loi valide cette aliénation, le revendiquant qui n'a de droits que sur les choses aliénées ne peut réclamer à personne la contre-valeur de ces biens dont il n'est pas propriétaire.

Si, au contraire, le bien qui a été aliéné n'était envisagé que dans sa valeur pécuniaire, l'aliénation est valable à condition que ce bien ait été remplacé par une contre-valeur qui est subrogée au bien lui-même.

Le remplacement du bien aliéné par une contre-valeur n'est du reste obligatoire qu'en matière de subrogation conventionnelle ; il ne l'est pas *en pratique* (1), en matière de subrogation légale. La loi et la jurisprudence accordent en effet au détenteur d'une universalité le droit d'aliéner les biens qui la composent et ne l'obligent qu'à restituer la *valeur de l'universalité au jour de l'action*. La subrogation n'interviendra donc que si, en fait, les biens cédés ont été ou échangés ou remployés.

La subrogation ne se produisant jamais que lorsqu'on se trouve en présence de biens envisagés dans leur valeur pécuniaire, elle n'aura lieu que dans les universalités, si

(1) Nous disons en *pratique*, car nous avons vu que *théoriquement*, il serait plus exact de considérer l'héritier apparent comme ne pouvant pas aliéner valablement, ou au moins comme ne pouvant aliéner qu'à charge de remploi.

La situation est différente, pour l'absent ou le donataire, auxquels la loi n'impose que l'obligation de restituer la valeur de l'universalité au jour de l'action.

l'on considère qu'il existe autant de patrimoines que de masses de biens envisagés dans leur valeur pécuniaire, et affectés à un usage déterminé (1).

§ 2. — De la nature de la subrogation. La subrogation n'est pas une fiction : c'est un procédé technique par lequel le législateur met en œuvre les idées de valeur et de propriété d'affectation.

A. — Jusqu'ici, nous avons beaucoup parlé des conditions et des effets de la subrogation, mais nous ne nous sommes pas encore préoccupés sérieusement d'en déterminer le caractère véritable. Il est temps enfin de trancher cette dernière question : la subrogation réelle est elle ou non une fiction ?

Nous avons déjà posé le problème à résoudre (2) : la subrogation ne sera une fiction que si elle déroge aux principes généraux du droit, la fiction étant en définitive une solution en contradiction avec la technique habituelle.

Envisageons, tout d'abord, la subrogation conventionnelle. Cette subrogation a pour effet d'attribuer à un bien certaines qualités juridiques qui appartiennent à un autre bien, et qui expriment son affectation à un usage déterminé. Dira-t-on que cette attribution de qualités a le caractère d'une fiction, en ce sens qu'elle aurait pour principal effet d'assigner au bien nouveau une condition juridique différente de sa condition véritable ?

Mais cette objection apparaît bien difficile à soutenir lorsqu'on observe, comme nous l'avons fait nous-mêmes (3), que la subrogation ne transporte jamais d'un bien

(1) Voir notre travail, titre I, chap. IV, § 2.
(2) *Ibid.*, titre I, chap. IV, § 1.
(3) *Ibid.*, titre I, chap. IV, § 3.

sur un autre que les seules qualités qui expriment l'affectation de ces biens à un usage déterminé et qui sont toujours compatibles avec leur nature physique ou économique.

La subrogation conventionnelle qui n'est que la conséquence d'une clause d'affectation voulue par les parties, ne saurait jamais avoir le caractère d'une fiction.

En ce qui concerne la subrogation légale, l'argument semble plus spécieux. Comment, dit-on, vous-mêmes, avez reconnu que le droit de propriété ne saurait s'étendre arbitrairement à la contre-valeur des biens aliénés, et vous-mêmes, l'étendez ainsi chaque fois que vous vous trouvez en présence d'une universalité !

La subrogation est forcément alors en opposition avec la conception courante du droit de propriété, elle a donc le caractère d'une fiction.

Il est facile de répondre, comme nous l'avons fait (1), que le droit de propriété porte tantôt sur des objets isolés, tantôt sur une valeur ; que lorsqu'il a pour objet une valeur, on peut parfaitement en changer la composition matérielle sans modifier en rien l'objet du droit.

Ici, nous touchons au fond de notre sujet. On définit souvent la subrogation réelle « la substitution d'une chose à une autre dans un rapport juridique ». Cette définition par laquelle on oppose la subrogation réelle à la subrogation personnelle n'est qu'en partie exacte.

C'est qu'en effet, il n'y a pas à proprement parler dans la subrogation réelle de substitution d'un objet de droit à un autre objet de droit de même que dans la subrogation personnelle, il y a remplacement d'un sujet de droit par un autre.

(1) Voir notre travail, titre III, chap. I, § 3.

La subrogation n'intervient que lorsque l'obligation (affectation ou restitution) n'a pas pour objet une chose individuellement déterminée, mais une valeur, valeur qui pourra par la suite se transformer sans que l'objet du droit en soit modifié. Nous préférerions donc une définition analogue à la suivante : « *La subrogation réelle consiste dans la substitution d'une chose matérielle à une autre chose matérielle dans une obligation ou dans un droit dont l'objet consiste essentiellement dans une valeur.* » Cette définition, en même temps qu'elle fait rentrer la subrogation dans le cadre habituel des principes, nous indique bien que celle-ci n'est, ni de près, ni de loin une fiction.

a) De récents travaux (1) qui sont intervenus sur cette question, nous obligent à préciser à cette place notre conception du droit à la valeur. Lorsque nous parlons ici de valeur, il s'agit toujours de ce que les économistes désignent sous le nom de « valeur d'échange (2) ». La valeur d'é-

(1) Voir principalement : Lévy, La transition du droit à la valeur, *Revue de métaphysique et de morale*, mai 1911 ; Magnillat, *Subrogation réelle*, thèse, p. 311 et suiv. Conclusion. — Voir aussi à titre plus secondaire : Lévy, Le lien juridique, *Revue de métaphysique et de morale*, novembre 1910 ; Lévy, La confiance légitime *Revue trimestrielle de droit civil*, 4e trimestre de 1910 sous le chapitre Variétés.

(2) Voir Gide, *Cours d'économie politique*, p. 238.

L'étude de l'économie politique nous fait pourtant songer à une idée nouvelle. Il serait possible peut-être de faire intervenir ici la distinction économique de la *valeur d'usage* et de la *valeur d'échange*. Lorsqu'un bien affecté à un usage déterminé est apprécié d'après « sa valeur d'usage » c'est-à-dire, d'après sa valeur individuelle, il n'est pas susceptible d'être remplacé par un bien nouveau, car la valeur d'usage du bien nouveau peut être très différente de celle de l'ancien. La subrogation est alors impossible.

Elle interviendra au contraire utilement, lorsqu'un bien ne sera apprécié que dans sa valeur d'échange, c'est-à-dire dans sa valeur commerciale. Le nouveau bien qui sera acquis à la place de l'ancien

change est un rapport établi entre deux choses dont l'une est pratiquement la monnaie. En ce sens, tout droit a pour objet une valeur puisque le contenu de toute obligation juridique peut à tout moment être évalué en argent. En ce sens, le droit de propriété aussi bien que le droit de créance est donc un droit à une valeur. Seulement alors que dans le droit de propriété cette valeur se trouve représentée sous la forme d'une chose individualisée, dans le droit de créance, elle n'est déterminée que par une évaluation pécuniaire de l'étendue du devoir juridique que ce droit impose.

C'est pourquoi on peut dire, comme nous l'avons fait, que si le droit de créance est avant tout un droit à une valeur pécuniaire, par contre le droit de propriété est le droit à une chose déterminée, non seulement pécuniairement, mais encore dans son individualité physique. Il semblerait donc que seul le droit de créance puisse se renouveler par voie de subrogation et que le droit réel de sa nature répugne à cette idée. Seulement, nous avons vu qu'entre ces deux conceptions extrêmes, il y a place pour un moyen terme. Le droit positif français conçoit parfaitement l'existence d'un droit réel ayant pour objet une valeur, indépendante des éléments qui la composent. Il en est ainsi chaque fois que le droit de propriété porte sur une universalité, c'est-à-dire par définition même, sur des biens envisagés dans leur valeur pécuniaire.

devra représenter une valeur d'échange égale. Et c'est pourquoi la subrogation n'est peut être au fond qu'un aspect juridique de la *loi de substitution* des Economistes, en vertu de laquelle des biens d'une nature différente peuvent se remplacer pour satisfaire des besoins identiques, et cela sans que le nouveau bien ne puisse avoir plus de valeur que l'ancien.

Dans un système nouveau (1), on oppose aux anciennes classifications des droits (droits de créance et droits réels), des formes juridiques nouvelles, qui seraient les valeurs proprement dites « qui ne sont ni des possessions, ni des créances sur des individus, mais des titres susceptibles de se manifester successivement en propriétés et en créances par des actes juridiques distincts ».

La création de cette troisième catégorie de droits nous semble bien inutile, attendu qu'il est très aisé de faire rentrer les droits sur les valeurs mobilières dans le cadre habituel des principes. Il suffit de considérer que le droit de l'actionnaire est un droit de propriété qui porte sur une quote-part du patrimoine social, et que ce droit portant sur une partie d'universalité, est avant tout un droit à une valeur, qui se perpétue malgré les transformations matérielles que le patrimoine social va subir.

L'actionnaire étant propriétaire d'une part du patrimoine social aura droit à une part de bénéfices proportionnelle à ses droits. A la liquidation de la société, le patrimoine social sera partagé entre lui et les autres associés conformément aux titres de chacun.

Donc le droit de l'actionnaire n'est pas autre chose qu'un droit de propriété, seulement un droit de propriété qui, durant le fonctionnement de la société, ne peut jamais être évalué qu'en argent, et qui ne se matérialise d'une façon définitive qu'à la dissolution de la société (2).

Nous retiendrons simplement de ces observations de MM. Lévy et Magnillat que dans l'évolution économique

(1) Lévy, cité par Magnillat, thèse, p. 317.

(2) Et encore dans l'hypothèse assez rare d'un partage *en nature* des biens sociaux.

moderne le droit se détache de plus en plus des choses individualisées pour se transporter sur des valeurs. Mais bien loin de restreindre le champ de la subrogation, cette évolution ne fait que l'étendre puisque ce sont seulement ces seuls droits, envisagés dans leur valeur pécuniaire, qui sont susceptibles de se transformer par voie de subrogation.

C'est pourtant à une conclusion toute différente qu'en arrive l'auteur de cette thèse (1) ; pour lui, le champ de la subrogation doit se restreindre de plus en plus avec le régime des valeurs. La situation du titulaire d'une valeur varie à tout moment ; la valeur est mobile parce que soumise au *régime de l'influence*. Or la subrogation réelle a pour but de maintenir les situations acquises. Elle conserve les droits, mais elle ne peut conserver les valeurs qui s'opposent par leur nature même à toute stagnation.

On ne peut s'empêcher de trouver cette conclusion quelque peu paradoxale. Sans doute, c'est une vérité économique que la pratique démontre tous les jours, que la fortune mobilière est sujette à des variations de valeur aussi brusques que nombreuses.

Mais ce sont justement ces variations de valeur qui rendent de plus en plus nécessaire l'emploi des clauses d'affectation que nous proposons aux parties. Même sous le régime nouveau, il peut être utile de conserver dans un but déterminé un certain capital. Or si ce capital est représenté sous la forme immobilière, il suffira de frapper cet immeuble d'inaliénabilité. Mais si ce capital se compose de

(1) Magnillat, thèse citée, p. 337 et suiv., *Du rôle négatif de la subrogation réelle dans le régime des valeurs*. « La subrogation réelle (écrit l'auteur, p. 340) subit une éclipse quasi-totale dans le régime des valeurs. Moyen de l'individualisme, elle devait reculer devant la progression de la propriété collective qui ne la comporte pas. »

valeurs mobilières, déclarer ces valeurs complètement inaliénables, ce serait s'exposer le plus souvent à de graves dangers ; ce serait s'interdire de profiter des chances de la hausse et de conjurer les périls de la baisse de ces valeurs. Ce serait se refuser à des transformations toujours nécessaires pour qui veut gérer intelligemment son portefeuille. Le seul moyen est alors de ne frapper d'indisponibilité que la valeur du capital, en laissant au titulaire le soin de transformer ce capital selon les besoins du moment, mais à charge toujours de le maintenir à un chiffre fixe. Les clauses d'affectation en valeur ou de subrogation ne peuvent donc que se développer sous un régime où la fortune cesse d'être immobilière, pour devenir de plus en plus mobilière.

b) Tel est le rôle économique de la subrogation ; mais il convient de se placer à nouveau sur le terrain du droit et de définir d'une façon encore plus précise la configuration juridique de notre institution. La subrogation, avons-nous dit, peut intervenir également dans le droit de créance et dans le droit réel.

La subrogation dans le droit de créance est toute naturelle et se produit pour ainsi dire d'une façon constante. Voilà un individu Primus qui est créancier de Secundus pour une somme de 1.000 francs. Son droit consiste à prendre sur le patrimoine de son débiteur une valeur égale à la somme dont il est créancier. Seulement son droit ne porte que sur la valeur globale des biens de Secundus ; il n'est pas localisé sur un bien plutôt que sur un autre. Comme on l'a dit très justement, le droit de créance est un droit indéterminé quant à l'objet sur lequel il porte. Et c'est pourquoi ce droit qui n'est jamais que le droit à une valeur est toujours susceptible de se renouveler par voie de subrogation. Pourtant à cette subrogation aussi fré-

quente que naturelle, on ne peut guère rattacher de conséquences juridiques importantes.

Tout autre est la conception de la subrogation dans le droit réel. En vertu de la subrogation, le droit de propriété, d'hypothèque ou de gage se trouve transporté de la chose sur la contre-valeur. Et le résultat de la subrogation est alors d'assurer d'une façon encore plus durable la perpétuité du droit réel, en permettant à son titulaire d'exercer sur la chose nouvellement obtenue les mêmes droits de préférence et de suite que sur la chose ancienne.

Seulement, nous l'avons vu, cette subrogation d'une chose à une autre dans un droit réel est toujours quelque peu exceptionnelle, et n'a lieu que lorsqu'on peut considérer ce droit comme portant sur des biens envisagés dans leur seule valeur pécuniaire, et non sur des biens individuellement déterminés.

A côté de ces formes de subrogation, subrogation dans le droit de créance et subrogation dans le droit réel, on a prétendu dernièrement (1) découvrir une forme nouvelle de subrogation qui serait la *subrogation en créance*. La subrogation en créance serait un droit réel qui disparaîtrait et qui serait remplacé par un droit de créance. C'est ainsi que, si le remploi n'est pas effectué régulièrement, la femme ne devient pas propriétaire du nouveau bien mais devient simplement créancière de la communauté à laquelle elle peut réclamer une récompense égale au prix du bien aliéné. De même le défendeur qui a définitivement aliéné un bien qui était en sa possession doit au véritable propriétaire une indemnité correspondant au prix du bien aliéné. Ce dernier cesse donc d'être propriétaire de sa chose pour devenir à la place créancier du prix.

(1) Magnillat, thèse citée, p. 302 et 303.

Pour nous, nous ne croyons pas à l'existence de cette prétendue subrogation. C'est que nous nous faisons de la subrogation une idée plus étroite, mais par contre plus précise que celle de l'auteur du travail cité. Ce dernier (1) définit la subrogation la substitution d'une richesse nouvelle à une richesse ancienne. Mais en adoptant cette conception purement économique de la subrogation on arrive à faire rentrer dans le cadre de notre institution toute opération juridique à titre onéreux puisque toute opération de ce genre consiste bien dans la substitution d'une richesse nouvelle à une richesse ancienne et répond par suite aux termes de la définition donnée. Seulement ainsi comprise la subrogation n'est plus une opération juridique unique, c'est un simple résultat économique qui se produit à la suite d'actes juridiques multiples et différents. Si l'on veut se faire de la subrogation une idée plus précise, il faut dire que non seulement il y a dans la subrogation substitution d'une chose à une autre, mais il faut ajouter de plus que cette substitution ne s'opère que dans un rapport juridique et sans que les autres termes de ce rapport ne soient modifiés.

Un exemple fera bien saisir la différence entre ces deux conceptions. C'est ainsi que dans le premier système indiqué, on considérera la vente au moins à l'égard du vendeur comme une opération impliquant une subrogation. Pour le vendeur il y a bien en effet substitution d'une richesse nouvelle à une richesse ancienne puisqu'il obtient, à la place de sa chose, une somme d'argent. Mais ce résultat ne

(1) Magnillat, thèse citée, p. 308 et 309. Cette définition, sans être formellement exprimée, se dégage très clairement des explications fournies par l'auteur.

constitue pas à proprement parler une subrogation, il s'analyse en effet dans la substitution à l'ancien droit de propriété opposable à tous d'un nouveau droit de créance dirigé contre une personne déterminée.

Il y a eu en fait remplacement d'un rapport juridique par un autre et non pas simplement transformation de ce rapport par substitution d'un terme à l'autre.

Toute vente ne constitue donc pas une subrogation ; pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'on se trouve dans des conditions juridiques déterminées.

Supposons par exemple que l'acquéreur soit une femme, mariée sous le régime dotal et que le bien acheté ait été acquis en remploi de biens dotaux aliénables sous cette seule condition. On peut dire alors que vis-à-vis des époux, le bien ainsi acquis est subrogé au bien aliéné. Mais il n'en est ainsi que parce que la femme est tenue d'une obligation générale d'affecter ses biens dotaux aux besoins du ménage. Or cette obligation, s'exécutant de la même manière sur le bien remployé que sur le bien aliéné, les droits et devoirs respectifs des époux relativement à ce bien seront les mêmes qu'avant l'aliénation.

Leur condition juridique réciproque n'ayant pas varié, c'est ici qu'il est exact de dire que l'on se trouve en présence d'une phénomène de subrogation. Ce phénomène se caractérise ainsi : les sujets du rapport juridique restant les mêmes, l'objet du droit seul se transforme.

Et encore convient-il d'observer que l'objet ancien ne se trouve pas remplacé par un objet purement nouveau ; un tel changement impliquerait forcément la création d'une obligation nouvelle qui prendrait la place de l'ancienne désormais éteinte. Or une telle opération juridique serait une novation par changement d'objet et non pas une subrogation.

Ce qui caractérise essentiellement cette dernière institution, c'est qu'elle opère sans qu'il y ait création d'une obligation nouvelle ou d'un droit nouveau par substitution d'une chose à une autre dans le rapport juridique primitif.

Pour préciser encore plus, il convient de définir exactement ce que nous entendons par l'objet du droit. L'objet du droit (réel ou personnel) peut être déterminé soit dans sa valeur pécuniaire, soit dans son individualité physique. Lorsque l'objet du droit (de propriété) porte sur une chose individuellement déterminée, l'objet juridique se confond avec la chose matérielle qui en forme le contenu et toute substitution d'une chose matérielle à une autre emporte forcément création d'un objet de droit nouveau.

Lorsqu'au contraire l'objet du droit n'est déterminé que dans sa valeur pécuniaire, toute substitution d'une chose à une autre ne modifie pas la nature de l'objet qui reste toujours identique à lui-même malgré les transformations matérielle qu'il va subir. C'est cette dernière idée que nous croyons qu'exprime la théorie de la subrogation réelle.

Ainsi comprise la subrogation qui consiste uniquement dans une transformation de l'objet du droit s'oppose à la novation par changement d'objet qui ne se réalise que par la création d'un objet entièrement nouveau qui prend la place de l'ancien.

Quelques exemples pratiques montreront les analogies mais aussi les différences qui existent entre ces deux procédés juridiques. Une personne s'est obligée à servir à un tiers une rente viagère à prendre sur un capital qui lui a été donné ou légué. Afin d'assurer l'exécution de cette obligation d'une façon aussi complète que possible, le testateur a frappé ce capital d'indisponibilité.

D'après notre système, ce capital sera pourtant aliénable

à charge de remploi, mais le nouveau bien ainsi acquis sera forcément comme l'ancien grevé de la même charge puisque l'obligation de servir la rente ne grevait pas uniquement le bien aliéné, mais la valeur du capital légué.

Par suite le donataire ou le légataire sera tenu sur le bien nouveau comme sur l'ancien du service de la rente viagère sans qu'il soit besoin d'une convention nouvelle.

L'aliénation du bien ne modifie en rien la nature de l'obligation imposée originairement au donataire et c'est pourquoi cette aliénation ne fait qu'opérer une subrogation du bien nouveau à l'ancien.

Tout autre serait le résultat d'une opération voisine. Supposons que le donataire ou le légataire veuille s'affranchir en une seule fois de son obligation par le versement d'un capital fixe ; supposons qu'il désire racheter la rente, il ne pourra le faire qu'avec l'assentiment du bénéficiaire. Si le bénéficiaire y consent, c'est alors qu'il sera exact de parler de novation par changement d'objet, l'ancienne obligation du service de la rente étant remplacée désormais par une obligation nouvelle : celle du versement d'un capital fixe.

Autre exemple (1). Une personne me doit une somme de 1.000 francs ; d'accord avec moi, elle se libère en me transférant la propriété d'un immeuble. Cette opération, qui

(1) Par contre la théorie de la dot incluse semble plutôt nous ramener à l'idée de dation en paiement, dation en paiement d'un immeuble à la place d'une créance dotale. Pourtant, malgré la substitution apparente d'un droit à la place d'un autre, il est cependant peut-être possible de considérer le droit de la femme comme ayant un objet unique. Cet objet consisterait uniquement dans la valeur dotale, dont la femme ne peut jamais se dépouiller et qui doit toujours se conserver indéfiniment, malgré les transformations matérielles auxquelles elle aura été soumise en fait.

s'analyse dans une dation en paiement, constitue bien aussi une novation par changement d'objet, puisque l'ancienne obligation de payer la somme convenue a été remplacée par l'obligation nouvelle de me transférer la propriété de l'immeuble désigné. Au contraire pendant mon absence l'envoyé en possession a fait emploi d'une somme de 1.000 fr., m'appartenant en un immeuble. A mon retour, il devra me restituer le bien, car il est débiteur vis-à-vis de moi de toute la valeur de mon patrimoine au jour de mon retour. Et ici, par contre, il n'y a pas lieu de parler de novation ou d'obligation nouvelle, l'obligation de l'absent n'ayant pas changé d'objet — puisque cet objet est la restitution de toute la valeur du patrimoine m'appartenant — mais s'étant simplement transformée dans son contenu matériel par voie de subrogation.

Ceci dit, il est désormais possible d'assigner à la subrogation une place relativement précise dans le cadre général des autres institutions juridiques.

On peut opposer, en prenant les termes dans leur sens le plus large, deux notions juridiques différentes.

Les phénomènes de novation consistent dans la substitution d'un droit nouveau à un droit ancien, le droit nouveau ne se différenciant de l'ancien que par l'un de ses termes. C'est ainsi que l'on parle de novation par changement de créancier, par changement de débiteur, par changement d'objet.

Les phénomènes de subrogation se réduisent à la substitution d'un terme à un autre dans un rapport juridique sans que l'obligation primitive n'en soit changée.

C'est ainsi que la subrogation personnelle et la cession de créance se réalisent par substitution d'un créancier nouveau au créancier primitif, et cela sans que la créance cesse pourtant d'exister.

Ce que nous disons de la cession de créance pourrait se répéter *mutatis mutandis* pour les législations qui admettent la cession de dette.

A côté de ces opérations qui emportent substitution d'un sujet de droit à un autre, il en est d'autres dans lesquelles les personnes peuvent se remplacer sans que le sujet du droit se trouve être changé. Nous faisons allusion à la représentation juridique.

Une société anonyme, personne morale, se trouve être représentée par ses administrateurs. Lorsqu'un administrateur passe un acte juridique avec un tiers, cet acte est réputé fait pour le compte de la société ; le sujet de droit n'est pas l'administrateur lui-même, mais la société qu'il représente comme mandataire.

Par suite, les administrateurs pourront se substituer les uns aux autres sans que le sujet de droit ne vienne à changer. Cette qualité de sujet de droit est donc ici attribuée à un groupe personnifié, et non aux personnes physiques qui représentent ce groupe. La personnalité juridique ne se confond pas alors avec la personnalité physique ; la personne juridique se perpétuant indéfiniment malgré le renouvellement des mandataires qui ont mission de la représenter dans ses rapports avec les tiers.

C'est à cette catégorie de phénomènes que correspond très exactement dans le domaine des choses la subrogation réelle.

Comme cette représentation juridique, elle ne suppose pas la création d'un terme de droit nouveau ; alors que cette représentation permettait la substitution d'une personne physique à une autre sans modification du sujet de droit, la subrogation consiste dans le remplacement d'une chose

matérielle par une autre sans changement de l'objet du droit.

Cette analyse de l'idée de subrogation paraîtra peut-être à certains bien théorique et bien dépourvue d'intérêt. Pourtant de cette longue discussion, nous croyons pouvoir tirer deux conséquences importantes.

Nous avons tout d'abord souligné la confusion, qui fait de la subrogation réelle la contre-partie exacte de la subrogation personnelle dans le domaine des choses, en montrant que ces opérations sont d'une nature juridique différente. Nous croyons même que c'est cette assimilation trop complète entre ces deux notions qui a longtemps empêché les auteurs de se faire de la subrogation réelle une idée parfaitement claire.

En donnant ensuite à la subrogation une place précise dans le cadre général des autres institutions juridiques et en montrant que cette place peut lui être attribuée, sans avoir besoin de modifier en rien les classifications traditionnelles, nous avons fait justice de cette opinion plusieurs fois séculaire qui affirme que la subrogation réelle est toujours une fiction (1).

(1) Un tableau synoptique fera encore mieux saisir la place de la subrogation dans le cadre général des institutions juridiques.

I. — *Phénomènes de novation (lato sensu).* Ces phénomènes consistent dans la substitution d'un droit nouveau à un droit ancien. Le nouveau droit ne se différenciant de l'autre que par un seul de ses éléments.

a) *Changement de sujet de droit.* — 1° Novation par changement de créancier ; 2° Novation par changement de débiteur.

b) *Changement d'objet.* — Novation par changement d'objet.

B. — La subrogation réelle n'est donc pas une fiction. Est-ce à dire toutefois que ce soit une institution juridique autonome, qui se suffise complètement à elle-même ?

C'est ainsi que la considéraient nos anciens auteurs qui concevaient la subrogation comme un phénomène juridique abstrait dont ils ne cherchaient nullement à découvrir les causes véritables. Si l'on avait demandé à beaucoup d'entre eux pourquoi la subrogation se produisait dans l'échange d'un propre de succession, ils auraient volontiers répondu, comme le médecin de Molière (1), auquel on demandait d'expliquer les propriétés soporifiques de l'opium, et qui s'en tirait en répondant que c'est parce que l'opium possède une vertu dormitive, que si la subrogation a lieu dans l'échange c'est parce que ce contrat est doué d'une vertu subrogatoire !

II. — *Phénomènes de subrogation* (*lato sensu*).

Ces phénomènes consistent dans le changement d'un terme d'un rapport juridique sans que le droit en soit modifié.

a) *Changement de sujet*. — Subrogation personnelle. Cession de créance. Cession de dette.

b) *Substitution d'une personne à une autre sans que le sujet de droit soit modifié*. — Résultat réalisé dans certains cas par la représentation juridique.

c) *Changement d'objet sans que l'obligation cesse d'exister* : phénomène *impossible*. Toute opération de ce genre impliquant forcément la création d'une obligation nouvelle et constituant par suite une novation par changement d'objet.

d) *Substitution d'une chose matérielle à une autre sans que l'objet du droit soit modifié*.

(*Subrogation réelle*).

(1) Molière, *Malade imaginaire*, acte III, scène XIV.

Rien n'est plus inexact que cette façon de concevoir les choses, la subrogation réelle ne doit jamais être séparée des causes qui la provoquent, ni envisagée autrement que comme une formule commode qui permet de grouper sous une même étiquette des résultats identiques qui se produisent dans des hypothèses pratiques différentes.

Mais, si la subrogation n'est qu'un mot, qu'une formule commode, ne peut-on pas purement et simplement la rayer d'un trait de plume de notre vocabulaire juridique ? C'est la conclusion à laquelle en sont arrivés certains civilistes. M. Capitant (1) s'est élevé dans sa 1re édition contre la conception qui rend l'article 2092 tributaire de la subrogation réelle : « Avoir un droit sur un patrimoine, dit-il, ce n'est pas avoir un droit sur tels ou tels biens déterminés qui s'y trouvent aujourd'hui, mais sur tous les biens qui en feront partie le jour où le droit sera exercé. On dit que c'est par l'effet d'une subrogation réelle que les objets nouveaux viennent prendre dans le patrimoine la place laissée vide par ceux qui en sont sortis : n'est-il pas plus simple et plus logique de dire que c'est en vertu même de la conception du patrimoine que ce résultat se produit. »

La subrogation réelle, étant donc un procédé technique inutile pour expliquer les droits des tiers sur le patrimoine, M. Capitant abandonne entièrement cette notion qui ne trouve plus place dans la seconde et dans la troisième édition de son ouvrage d'*Introduction au droit civil*.

La même tendance se retrouve dans l'ouvrage de Huc (2) ; pour cet auteur, il semble bien que les hypothèses de subro-

(1) Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 1re édit., chap. IV, p. 90. Théorie qui ne se retrouve pas dans la 2e et la 3e édition de ce livre.

(2) Huc, *Commentaire de l'article 747 du Code civil*, t. V, n° 86.

gation ne sont toujours que des espèces particulières dont il est impossible de déduire une théorie générale,

Elle inspire également l'ouvrage de Wahl (1) qui nie dans le droit français l'existence de la subrogation réelle.

Nous tombons, pour le coup, dans l'exagération inverse. Il est bien évident qu'une formule est toujours nécessaire pour grouper sous un chef unique toutes les données de la vie judiciaire. *Et la subrogation ne serait-elle qu'un mot, que nous ne pouvons pas nous passer de ce mot.*

Seulement, de cette étude nous retiendrons : *que la subrogation n'étant qu'un procédé de technique juridique, il ne faut jamais la séparer des réalités économiques dont elle n'est que la traduction dans la langue du droit, c'est à-dire des idées de valeur et de propriété d'affectation.* Le grand mérite des savants auteurs MM. Saleilles, Demogue et Planiol, dont nous n'avons fait que reproduire bien imparfaitement les théories, est précisément d'avoir dégagé les causes jusque là ignorées de notre institution.

On parle aujourd'hui volontiers d'une nouvelle *école réaliste* (2) qui tiendrait uniquement compte dans l'étude du droit des faits économiques et des observations sociales, école que l'on oppose à l'ancienne *école métaphysique* qui fait dans le droit une trop large place aux conceptions abstraites. Malgré le titre un peu métaphysique de notre sujet, c'est encore à l'école réaliste que notre conclusion nous ramène ; et nous nous rangeons d'autant plus volontiers sous son drapeau, qu'il a été porté pour la première fois par notre savant professeur de droit civil, M. Gény, qui le

(1) Baudry et Wahl, *Successions*, 1re édit., t. III, nos 4069 et 4074 ; 2e édit., t. III, nos 3130 et 3133.

(2) Duguit, *Transformations du droit privé*, 1912, p. 176.

premier a proclamé la nécessité de mettre d'accord les réalités et les concepts.

Il nous est particulièrement agréable d'évoquer en terminant le nom de notre savant maître, et de le remercier d'avoir bien voulu nous diriger dans la préparation de notre travail. Nous comprenons également dans ces remerciements M. Nast, agrégé, qui nous a aidé de ses précieux conseils.

Vu :
Nancy, le 25 octobre 1912.
Le Président de la Thèse,
F. GÉNY.

Vu :
Nancy, le 25 octobre 1912.
Le Doyen de la Faculté,
E. BINET.

Vu et permis d'imprimer :
Nancy, le 30 octobre 1912.
Le Recteur de l'Université,
CH. ADAM,
Correspondant de l'Institut.

ANNEXES

Texte d'une donation faite par Mme X... à la commune de Longwy-Bas, le 28 mars 1863.

Pardevant Me etc...

A comparu :

Madame X...

Laquelle considérant :

Qu'elle n'a ni enfants, ni parents très proches, que dans cette situation, elle n'en a pas moins toujours vécu dans la plus sévère économie, qu'en agissant ainsi elle voulait surtout pouvoir assurer, après elle, des secours permanents aux pauvres de la localité qu'elle habite, tout en réservant à peu près ce qu'elle a reçu de ses père et mère ou l'équivalent à ses deux familles paternelle et maternelle représentées toutefois par ceux de leurs membres qu'elle croira devoir choisir, que la partie de sa fortune dont elle va disposer dans un but charitable est donc parfaitement libre, même sous le rapport du for intérieur, que le projet auquel elle s'est arrêtée après mûres réflexions lui paraît réunir dans la mesure des ressources qu'elle peut lui affecter, toutes les conditions désirables, que l'établissement qui en fait l'objet se trouve avoir la plus grande analogie avec le bureau de bienfaisance de Longwy-Bas, en ce que, comme lui, il aura la charité pour but et que, comme lui encore, il devra profiter aux indigents de la Ville-Basse exclusivement, qu'à ce double point de vue, il serait convenable de le placer sous la même administration et de fondre, en quelque sorte, ces deux établissements en un seul.

A déclaré faire donation entre vifs et irrévocable,

Au Bureau de bienfaisance spécial à Longwy-Bas, créé par un récent décret impérial, ce accepté provisoirement par M. Z..., maire de la commune de Longwy, et en cette qualité, président de la commission administrative dudit bureau :

1° D'une maison par elle habitée, sise à la Ville-Basse de Longwy, consistant en un pavillon ou bâtiment principal, remises, écuries, cour, basse-cour, jardin, petit bois, prairies et autres aisances et dépendances, le tout formant un seul tenant et appartenant à la donatrice en vertu de l'acquisition faite en emploi et en remploi au profit de ladite dame X..., pendant son mariage.

2° D'une somme de quatre-vingt-cinq mille francs.

La présente donation est faite avec réserve d'usufruit comme il sera dit ci-après et à charge par ce bureau de bienfaisance de joindre après l'extinction de l'usufruit, à son œuvre actuelle de distributions et de secours, une salle d'asile et un ouvroir qui seront tenus à titre purement gratuit et à perpétuité en faveur des indigents de Longwy-Bas, dans la maison ci-dessus désignée, laquelle servira de siège et de local à ces différents services, ainsi qu'au bureau de bienfaisance lui-même.

Ce bureau réunira donc alors trois services différents qui seront exécutés de la manière suivante :

Distributions et secours.

Des soins seront donnés chez eux aux malades et infirmes, ainsi qu'à leurs enfants en bas âge. Des médicaments, aliments, combustibles et vêtements leur seront distribués aux uns et aux autres selon leurs besoins et les moyens de l'établissement. Des subventions pour aider au paiement des loyers pourront être accordés par les administrateurs à certains indigents pendant quelque temps. Et en outre des logements gratuits pourront être concédés temporairement ou viagèrement dans un grand bâtiment qui est derrière le corps de logis, au fond de la cour et qui serait divisé et approprié à cette destination. Mais ce dernier avantage serait réservé uniquement pour des femmes d'un certain âge, soit célibataires, soit veuves sans enfants ou du moins n'ayant pas d'enfants avec elles.

Salle d'asile.

La salle d'asile qui aura un caractère purement privé, sera ouverte après l'exécution des articles 20 et 22 du décret impérial du 21 mars 1855, aux enfants des deux sexes qui y seront admis depuis l'âge de deux ans jusqu'à leur entrée dans les écoles. Ils y seront soignés et instruits suivant les usages généralement adoptés. Les administrateurs ne seront pas tenus d'admettre tous les enfants indigents indistinctement, et ils auront le droit de choisir et d'exclure tous ceux que bon leur semblera.

Ouvroir.

L'ouvroir sera ouvert depuis leur première communion jusqu'à l'âge de 17 ou 18 ans, aux jeunes filles qui auront été admises par les administrateurs. Elles y apprendront à coudre, repasser, faire des vêtements et autres ouvrages manuels qui puissent leur permettre de gagner honnêtement leur vie. Elles seront formées à la piété et à la pratique des vertus modestes, afin de devenir de bonnes et simples ouvrières et d'honnêtes femmes.

Des sœurs de Saint-Vincent de Paul, dont le zèle et le dévouement sont si admirables, seront chargées des différents services. La Ville-Basse profitera exclusivement de tout le bien que l'établissement pourra répandre sans que la section de Longwy-Haut puisse jamais y prendre part.

Les avantages ci-dessus spécifiés sont accordés aux habitants pauvres ou gênés sans distinction de Français ou étrangers, mais domiciliés dans la localité depuis un an au moins.

L'établissement prendra le nom de « l'Ange Gabriel », patron de la donatrice et de son mari. Une inscription placée au-dessus de l'entrée principale portera ces mots : Maison de l'Ange Gabriel.

L'autorité compétente nommera les administrateurs qui seront les mêmes que ceux du bureau de bienfaisance proprement dit et devront être pris parmi les habitants de Longwy-Bas. Leurs fonctions seront gratuites, au surplus, ledit établissement sera régi par les lois, décrets et règlements concernant les bureaux de bienfaisance et les institutions analogues.

M. le curé ou desservant de la paroisse de Longwy-Bas et la Supérieure de la maison, comme ayant une connaissance plus exacte que toutes autres personnes des misères de la localité, désigneront aux administrateurs les pauvres à secourir, soit par des secours à domicile, soit par l'admission de leurs enfants à la salle d'asile ou à l'ouvroir. L'administration voudra bien avoir égard à leurs recommandations.

Alors même que M. le curé ne serait pas membre de la commission administrative, il aura non seulement ce droit de recommandation, mais encore celui de veiller au bon ordre de la maison, d'assister aux séances de la commission avec voix consultative et d'y faire toutes observations qu'il jugera convenables.

Ces divers droits seront exercés à perpétuité par les personnes qui rempliront les fonctions du curé de Longwy-Bas et de supérieure de ladite maison.

Il est entendu que si M. le curé était membre de ladite commission, il aurait en outre tous les droits attachés à cette qualité et notamment voix délibérative.

Mme X... se réserve la jouissance usufruitière, sa vie durant, de ladite maison et de toutes ses dépendances, ainsi que la créance sur M. et Mme Z...

L'établissement entrera en jouissance du tout aussitôt le décès de Mme X..., mais il ne commencera à fonctionner complètement que dans les six mois qui suivront ledit décès ; jusque là, il continuera seulement, comme bureau de bienfaisance proprement dit, à distribuer des secours aux pauvres de Longwy-Bas.

Les dispositions et conditions principales étant ainsi fixées, Mme X... y a ajouté les clauses et conditions suivantes qui sont également de rigueur.

Art. 8. — **Si des capitaux viennent à être remboursés, ils seront replacés immédiatement ou le plus tôt possible de la manière qui sera jugée convenable.**

Art. 10. — **La maison et ses dépendances, tel que le tout se comporte aujourd'hui, ne pourront jamais être ven-**

dues, échangées ou aliénées en tout ou en partie pour tel motif que ce soit, et devront servir à perpétuité de local à l'établissement, sans pouvoir jamais être employées à aucun autre usage.

ART. 11. — **Les services ci-dessus spécifiés ne pourront jamais être supprimés ni en tout, ni en partie, pour tel motif et sous tel prétexte que ce puisse être, attendu qu'alors le but unique de cette donation ne serait pas rempli et que ladite donation n'aurait plus sa raison d'être.**

Nota. — Le texte de cette donation est dû à l'obligeance de Me Féry, notaire à Longwy-Haut, auquel nous sommes heureux d'adresser tous nos remerciements.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

BIBLIOGRAPHIE . . . . . V à VII

INTRODUCTION 1

Conflit entre la doctrine et la jurisprudence (Intérêt pratique du sujet) 2

Champ d'application de la subrogation réelle (Intérêt théorique du sujet) 5

Plan de notre travail. Subrogation réelle légale et conventionnelle. 20

TITRE PREMIER

THÉORIE GÉNÉRALE DE LA SUBROGATION RÉELLE

CHAPITRE PREMIER. — **L'opinion traditionnelle** 23

SECTION I. — *Droit romain et ancien droit* 25

La subrogation réelle est une *fiction* 25

§ 1. — Règle *in judiciis universalibus* 29

§ 2. — Maxime *Subrogatum sapit naturam subrogati* . . 41

§ 3. — *L'ancien droit et l'interprétation large* 48

Application de la subrogation dans notre ancien droit . . . 48

SECTION II. — *La subrogation depuis le Code civil* 53

Absence de théorie générale dans le Code civil 53

§ 1. — Systèmes de Flach et d'Aubry et Rau. 55

§ 2. — *La jurisprudence et l'interprétation large*. 59

L'interprétation de la subrogation d'après la jurisprudence. 59

CHAPITRE II. — **Les théories modernes** 63

Nécessité d'élargir le domaine trop étroit de la subrogation réelle. Moyens d'y arriver 63

§ 1. — Système de Saleilles 64

§ 2. — Système de Demogue 67
§ 3. — Système de Planiol 69

CHAPITRE III. — **Les législations étrangères**. 72
§ 1. — Code civil allemand. 72
§ 2. — Droit suisse, et autres droits étrangers 85

CHAPITRE IV. — **Comparaison des théories nouvelles avec la théorie classique** 95

Conflit de méthode. 95
§ 1. — La subrogation est elle une fiction ? (Renvoi à la conclusion). Nature juridique de la fiction . . 95
§ 2. — La subrogation se produit-elle seulement dans les universalités ? Nature juridique du patrimoine. 104
§ 3. — Effets de la subrogation. 112
§ 4. — Distinction de deux sortes de subrogation (générale ou spéciale) (légale ou conventionnelle). . 119

TITRE DEUXIÈME

DE LA SUBROGATION RÉELLE CONVENTIONNELLE

CHAPITRE PREMIER. — **De l'affectation contractuelle**. . . 124
§ 1. — Définition et portée de la clause d'affectation. . . 124
§ 2. — La clause d'affectation est-elle licite ?. 127
§ 3. — Conditions de la clause 135
A. — Entre les parties. 136
B. — A l'encontre des tiers (publicité). 137
§ 4. — Effets de la clause d'affectation. 142

APPENDICE. — De l'affectation légale. 151
Propres de successions. Biens du domaine public et privé.

CHAPITRE II. — **De la subrogation aux propres de succession (dans notre ancien droit)** 154

Idée générale : Biens affectés à la famille 154
§ 1. — De la subrogation dans l'échange. 157
§ 2. — De la subrogation dans la vente avec remploi . . 158
§ 3. — De la subrogation dans l'échange avec soulte . . 163

§ 4. — De la subrogation dans le bail à rente 164
§ 5. — De la subrogation dans le partage des successions. 166

Conclusion. — Affectation légale ou conventionnelle. 169

CHAPITRE III. — **De la subrogation dans les patrimoines d'affectation** 171

Subrogation dans le patrimoine général, gage des créanciers. 171
Subrogation dans les patrimoines à affectation spéciale . . 172
§ 1. — Séparation des patrimoines 173
§ 2. — Patrimoine social 176
§ 3. — Fonds de commerce. 178

Conclusion. — Importance de la question au point de vue de la personnalité morale 184

CHAPITRE IV. — **De la subrogation aux propres de communauté** 186

Idées générales et évolution historique 186

Section I. — *Des cas où se produit cette subrogation* 190
§ 1. — Echange. 190
§ 2. — Echange avec soulte. 191
§ 3. — Vente avec remploi 194
§ 4. — Emploi 200
§ 5. — Dation en paiement. 202

Section II. — *Effets de cette subrogation* 202

Section III. — *Protection des tiers*. 203
a) Echange 204
b) Remploi 204
c) Dation en paiement 204

Appendice. — Subrogation dans les biens réservés. Loi du 13 juillet 1907. 206
§ 1. — Des cas où se produit cette subrogation (et question des bénéfices commerciaux). 206
§ 2. — Protection des tiers. 208

CHAPITRE V. — **De la subrogation dans les biens dotaux.** 210

Principes. — Dot : biens affectés aux besoins du ménage. Dot, inaliénable en nature ou en valeur 210

Section I. — *Des cas où se produit cette subrogation* 212
§ 1. — Cas admis par tous. 212
a) Echange 212
b) Remploi 213
c) Emploi 213
§ 2. — Cas discutés. Théorie de la dot incluse. 214
A. — Cas d'application 214
B. — Appréciation et rapports avec la théorie de la subrogation 218
Section II. — *Des effets de cette subrogation* 224
a) En général 224
b) Pour la dot incluse 225
Section III. — *Protection des tiers* 227
a) En général 228
b) Pour la dot incluse 228
Appendice. — Subrogation entre le contrat de mariage et le mariage 230
A. — Régimes de communauté 231
B. — Régime dotal. 233

CHAPITRE VI. — **Subrogation dans les biens grevés de charges ou affectés à des fondations** 234
Idées générales 234
Section I. — *Libéralités avec charges*. 235
§ 1. — Emploi d'une somme d'argent à l'acquisition d'un bien qui doit servir à un usage déterminé. . . 236
§ 2. — Legs d'un bien à charge de le convertir en argent et d'affecter la somme ainsi obtenue à un usage déterminé 239
§ 3. — Donation ou legs d'un bien à charge de l'affecter à un usage déterminé et d'en conserver la valeur indisponible 242
Section II. — *Substitutions*. 244
§ 1. — Des majorats et substitutions permises 244
§ 2. — Fidéicommis *de residuo* 246
Section III. — *Fondations et biens affectés par des personnes morales publiques à des personnes privées* . . . 249

Evolution voisine de la théorie de la fondation et de celle de la subrogation 249
§ 1. — Condition juridique des biens affectés à une fondation. 250
§ 2. — Arrêts et jurisprudence 251
§ 3. — Affectations faites par des personnes morales publiques au profit de personnes privées 254
Section IV. — *Biens appartenant à des mineurs* 257
§ 1. — Cas où des biens légués ou donnés à un mineur ont été frappés d'indisponibilité dans l'intérêt de ce dernier. 257
§ 2. — Condition juridique des biens du mineur en dehors de la clause précédente 258

CHAPITRE VII. — **De la subrogation dans le bien de famille.** 263
A. — La constitution d'un bien de famille s'analyse dans une clause d'affectation. 263
B. — Cas de subrogation réelle (remploi du prix et des indemnités d'assurance ou d'expropriration) 264

CHAPITRE VIII. — **De la subrogation de l'indemnité due pour perte de la chose à la chose elle-même.** 269
Position du problème. 269
A. — Distinction des différentes sortes d'indemnités. 270
B. — Cas concrets où se pose cette question de la subrogation 273
Section I. — *Indemnités dues pour expropriation* (art. 13 et 25, 39, 17 de la loi du 3 mai 1841) 274
Section II. — *Indemnités de responsabilité* 276
§ 1. — Subrogation de ces indemnités aux biens propres ou dotaux 276
§ 2. — Subrogation de ces indemnités aux biens grevés de privilèges ou d'hypothèques (loi de 1889, art. 3, al. 1). 278
Section III. — *Indemnités gracieuses* 281
Section IV. — *Indemnités d'assurances* 284

§ 1. — Subrogation de ces indemnités aux biens propres ou dotaux 285
§ 2. — Subrogation de ces indemnités à l'immeuble sujet à rapport. 287
§ 3. — Subrogation de ces indemnités aux biens grevés de privilèges ou d'hypothèque (loi de 1889, art. 2). 289
§ 4. — Subrogation de ces indemnités aux biens grevés d'usufruit 300

TITRE III

DE LA SUBROGATION RÉELLE LÉGALE

CHAPITRE PREMIER. — **Des cas où se produit cette subrogation. Position du problème à résoudre** 304
§ 1. — Système de Demogue. Subrogation, conséquence de la théorie de l'enrichissement sans cause. . 306
§ 2. — Critique du système de Demogue. 307
§ 3. — Système proposé : Distinction des actions réelles générales et spéciales. 310
A. — Le droit de propriété a pour objet tantôt des choses isolées, tantôt une universalité (ou une valeur) 310
B. — Subrogation dans l'action réelle générale, pas de subrogation dans la revendication ou action réelle spéciale 314

CHAPITRE II. — **De la revendication ou de l'action réelle spéciale** 319
Pas de subrogation en principe. 319
Cas où la subrogation a lieu par exception :
§ 1. — Hypothèse de l'article 575 du Code de commerce. 320
§ 2. — Subrogation de l'indemnité d'assurance à la chose louée (art. 3, al. 2, loi de 1889) 322
§ 3. — Hypothèse du recel (art. 62, C. pén.) 326
§ 4. — Subrogation dans les actions en reprise ou en revendication (loi de séparation, congrégations). 330

CHAPITRE III. — **De l'action réelle générale ou action tendant à la restitution des biens compris dans une universalité** 333

§ 1. — Subrogation dans les universalités de droit ou de fait 333

§ 2. — Conditions de cette subrogation. 339

§ 3. — Effets de cette subrogation *inter partes*. 341

§ 4. — Effets de cette subrogation vis-à-vis des tiers. . . 342

Section I. — *Pétition d'hérédité* 344

§ 1. — Du sort des aliénations faites par l'héritier apparent 344

§ 2. — Du sort des biens acquis en place des biens aliénés. 346

Appendice. — De la cession d'hérédité 349

Section II. — *Absence* (Restitution des biens à l'absent de retour) 351

Section III. — *Du retour légal de l'ascendant donateur* 352

Position du problème. 352

§ 1. — Interprétation de l'article 747 d'après la doctrine et la jurisprudence 356

§ 2. — Admission et portée de la subrogation. 362

§ 3. — De la clause d'inaliénabilité des biens soumis au retour 365

Appendice. — Autres droits de retour 367

Section IV. — *Effets de l'action en partage* 369

Dans quelle mesure le principe du partage déclaratif s'applique-t-il aux biens qui ont remplacé par voie de subrogation des biens héréditaires ? 369

Conclusion.

§ 1. — Résumé des causes qui engendrent la subrogation. Formule 375

A. — Idée d'indisponibilité 375

B. — Idée de valeur. 375

§ 2. — Nature de la subrogation. 377
A. — La subrogation n'est pas une fiction 377
B. — C'est un procédé de technique juridique par lequel le législateur met en œuvre les idées de valeur et de propriété d'affectation. . . . . .
Annexes. — Texte d'une donation faite par Mme X... à la commune de Longwy-Bas 377

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).

ERRATA

P. 52 en note, *au lieu de* : et *par suite* le mari, *lire* : et *dans cette mesure* le mari.

P. 158 au début (ligne 3), *à la suite de* : affecte aux besoins de la famille, *lire* : *lui sera subrogé.*

P. 227, *au lieu de* : relever entre ces biens, *lire* : relever entre la *situation juridique* de ces biens.

P. 231, *au lieu de* : les usages judiciaires *ont* substitué, *lire* : les usages judiciaires *aient* substitué.

P. 268 (*in fine*), *au lieu de* : *pour* une application judicieuse, *lire* : *par* une application judicieuse.

P. 315 : 1° *Lire* : In judiciis universalibus pretium succedet *loco rei* et.. 2° *Au lieu de* : In singularibus *loco rei* judicus, *lire simplement* : In singularibus judiciis

P. 335 (*in fine*), *au lieu de* : entre *les* universalités, *lire* : entre *ces* universalités

P. 343, *au lieu* : d'une aliénation par *eux* faite. *lire* : une aliénation par *lui* faite.

P. 389, *au lieu de* : en prenant *les* termes, *lire* : en prenant *ces* termes.

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).